

**Die Geltendmachung der Unehelichkeit
einer ehelich geborenen Person
in England und den USA
in vergleichender Darstellung
mit dem deutschen Recht**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte durch
die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von
PAUL-GEORG GUTERMUTH
aus Darmstadt

1964

**Die Geltendmachung der Unehelichkeit
einer ehelich geborenen Person
in England und den USA
in vergleichender Darstellung
mit dem deutschen Recht**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte durch
die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von
PAUL-GEORG GUTERMUTH
aus Darmstadt

1964

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Fikentscher

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Reinicke

Dekan: Prof. Dr. Fikentscher

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Juli 1964

Meinen Eltern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Inhaltsverzeichnis

	<u>Seite</u>
Schrifttumsverzeichnis	V
Verzeichnis der zitierten englischen und nord- amerikanischen Entscheidungen	XV
Abkürzungsverzeichnis	XXVI
 Einleitung	 XXX
 Erster Teil: <u>Die Geltendmachung der Unehelichkeit einer ehelich geborenen Person in England und den USA</u>	
 1. Abschnitt: Grundlagen des ehelichen Familienstandes	 1
§ 1 Voraussetzungen der Ehelichkeit	1
I. Ehe der Eltern	1
II. Abstammung von den Eheleuten	4
1. bei homologer Insemination	4
2. bei heterologer Insemination	5
3. bei künstlicher Befruchtung mit einem Samengemisch	9
§ 2 Ehelichkeitsvermutung	9
§ 3 Vermutung des Bestehens einer Ehe	11

	<u>Seite</u>
§ 4 Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes	15
I. Inhalt der Vermutung	15
II. Umfang der Vermutung	16
1. bei Personen, die innerhalb der Ehe gezeugt und geboren sind	16
2. bei Personen, die vor der Ehe gezeugt und innerhalb der Ehe geboren sind	20
3. bei Personen, die während der freiwilligen Trennung der Eheleute geboren sind	22
4. bei Personen, die während der Trennung der Eheleute auf Grund behördlichen oder richterlichen Spruchs geboren sind	22
5. bei Personen, die nach Auflösung der Ehe geboren sind	26
6. bei Personen, die während der ersten Ehe der Mutter gezeugt, aber während der zweiten Ehe der Mutter geboren sind	27
 2. Abschnitt: Entkräftung der Grundlagen des ehelichen Familienstandes - Geltendmachung der Unehelichkeit	 29
§ 5 Widerlegung der Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes	29
I. Widerlegbarkeit der Vermutung	29
II. Anforderungen an den Gegenstand des Gegenbeweises	32
1. bei Zeugung innerhalb der Ehe	32
a. Erfordernis der Unmöglichkeit der Vaterschaft	33
b. Erfordernis der tatsächlichen Nichtvaterschaft	34
c. Gesetzlich aufgezählte Anfechtungsgründe	40
2. bei vorehelicher Zeugung	43

	<u>Seite</u>
III. Anforderungen an die Überzeugungskraft des Gegenbeweises	45
1. Extreme Richtung	46
2. Strenge Richtung	46
3. Gemäßigte Richtung	48
4. Milde Richtung	50
§ 6 Widerlegung der Vermutung des Bestehens einer Ehe	51
§ 7 Kreis der Geltendmachungsberechtigten	53
I. Grundsätzliches	53
II. Sonderregelungen	54
1. Alleingeltendmachungsrecht des Ehemannes und seiner Erben	54
2. Ausschluß der Ehefrau als Geltendmachungsberechtigte	56
3. Alleingeltendmachungsrecht der Eheleute und ihrer Erben und eventuell des Staates	58
§ 8 Befristung des Geltendmachungsrechtes	59
§ 9 Erlöschen des Geltendmachungsrechtes	61
§ 10 Verfahren der Geltendmachung der Unehelichkeit	62
I. Verfahren vor dem Parlament	62
1. England	62
2. USA	63
II. Verfahren vor Gericht	64
1. Mittelbare Entscheidungen	64
2. Unmittelbare Entscheidungen	66
a. Beiläufige Feststellung der Unehelichkeit	66
b. Klage mit dem alleinigen Ziel der Feststellung der Unehelichkeit	73
aa. England	73
bb. USA ohne Louisiana	77
cc. Louisiana	84

		<u>Seite</u>
§ 11	Beweislast im Geltendmachungsverfahren	86
§ 12	Beweismittel im Geltendmachungsverfahren	89
	I. Zeugnisfähigkeit der Eheleute	89
	II. Serologische Gutachten als Beweis der Nichtvaterschaft	96

Zweiter Teil: Zur Geltendmachung der Unehelichkeit einer ehelich geborenen Person im deutschen Recht zum Vergleich

§ 1	Voraussetzungen der Ehelichkeit	99
§ 2	Ehelichkeitsvermutung	105
§ 3	Widerlegung der Ehelichkeitsvermutung	110
§ 4	Anfechtungsverfahren	113
§ 5	Kreis der Anfechtungsberechtigten	115
§ 6	Anfechtungsfrist	122
§ 7	Beweislast im Anfechtungsverfahren	124
§ 8	Beweismittel im Anfechtungsverfahren	125

Schrifttumsverzeichnis

1. Lehrbücher, Kommentare, Kommentierungen, sonstige
Schriften

- American Jurisprudence A Comprehensive Text
Statement of American Case Law
San Francisco/Rochester 1937 ff.
(zitiert: Band Am.Jur. Seite)
- Ayer Legitimacy and Marriage,
in: 16 Harvard Law Review 22-42
(1902)
- Bartholomew Legal implications of artificial
insemination,
in: 21 Modern Law Review 236-258,
(1958)
- Bartholomew The nature and use of blood-
group evidence,
in: 24 Modern Law Review 313-330
(1961)
- Beitzke Familienrecht,
10. Aufl.
München 1962
- Bernhard Die künstliche Besamung beim
Menschen im Hinblick auf das
schweizerische Recht,
Winterthur 1958
- Beuerlein Die künstliche Samenübertragung
beim Menschen im angloamerikani-
schen Bereich.
in: Beiträge zur Sexualforschung,
29. Heft
Stuttgart 1963
- Black's Law Dictionary,
4th Ed.
St.Paul, Minnesota 1951
- Boehmer Zur Frage der Unterlassungs- und
Schadensersatzklage bei Ehestö-
rungen,
in: JZ 1953 S. 745-748
- Bridge Presumptions and Burdens,
in: 12 Modern Law Review 273-289
(1949)

- Bromley Family Law
 2d Ed.
 London 1962
- Brouillette Presumption of legitimacy and
 the "action en désaveu",
 in: 13 Louisiana Law Review 587 ff.
 (1953)
- Brouillette Presumption of legitimacy and
 the "action en désaveu",
 in: 14 Louisiana Law Review 401 ff.
 (1954)
- Brouillette Presumption of legitimacy and
 the "action en désaveu",
 in: 18 Louisiana Law Review 685 ff.
 (1958)
- Brühl Die Anfechtung der Ehehlichkeit ab
 1.1.1962,
 in: FamRZ 1962 S. 8-14
- Bullemer Die Anfechtung der Ehehlichkeit -
 ein Weg zur Übereinstimmung von
 Blut-Abstammung und Familienordnung,
 Diss. Erlangen 1938
- Cook Use of blood test in actions en
 désaveu,
 in: 17 Louisiana Law Review 494-498
 (1957)
- Corpus Juris Secundum A complete Restatement of the En-
 tire American Law,
 Brooklyn, New York
 (zitiert: CJS)
- Dernburg Deutsches Familienrecht,
 4. Aufl.
 Halle 1908
- Dölle Die künstliche Samenübertragung:
 Eine rechtsvergleichende und rechts-
 politische Skizze,
 in: Festschrift für Ernst Rabel
 Bd. 1 S. 187-250
 Tübingen 1954
- Endemann Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
 2. Bd. Sachenrecht-Familienrecht
 7. Aufl.
 Berlin 1900

- Enneccerus-Kipp-Wolff Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
4. Bd. 7. Bearbeitung
Marburg 1931
- Eversley's Law of Domestic Relations,
6th Ed.
London 1951
- Geiger Rechtsfragen der Insemination,
in: Die künstliche Befruchtung
beim Menschen. Diskussionsbeiträge
aus medizinischer, juristischer und
theologischer Sicht. S. 37-73
Köln 1960
- von Gierke Der Entwurf eines Bürgerlichen Ge-
setzbuches und das deutsche Recht,
Veränderte und vermehrte Ausgabe
Leipzig 1889
- Giesen, Dieter Die künstliche Insemination als
ethisches und rechtliches Problem,
Bielefeld 1962
(zitiert: Dieter Giesen)
- Giesen, Norbert Die Scheinehelichkeit des Kindes
und ihre Anfechtung,
Diss. Hamburg 1959 (zitiert: Giesen)
- Goldmann-Lilienthal-Sternberg
Das Bürgerliche Gesetzbuch,
3. Bd. Familienrecht
Berlin 1921
- Guillory The action en désaveu,
in: 5 Tulane Law Review 449-457
(1931)
- Guttmann Presumptions of Legitimacy and
Paternity arising out of Birth in
lawful wedlock,
in: 5 International and Comparative
Law Quarterly 217-229
(1956)
- Halsbury The Laws of England,
3d Ed.
London 1952 ff.
- Harper Problems of the Family,
Indianapolis 1952

- Heyll Die Beurteilung der künstlichen Samenübertragung und ihrer Folgen nach geltendem deutschen Recht mit Hinweisen auf die Rechtslage im Ausland,
Diss. Köln 1955
- Holdsworth A history of English Law,
Vol. 1 7th Ed.
London 1956
- Holfelder Die künstliche Befruchtung beim Menschen nach deutschem und kanonischem Recht,
Diss. Heidelberg 1953
- Kirschner Blood tests to determine Paternity: Effect on the presumption of legitimacy,
38 Cornell Law Review 75-78
(1952)
- Klein Die künstliche Befruchtung als Rechtsproblem,
in: Jugendwohl 1951 S. 152-156
- Kreuzer Die Feststellung der Unehelichkeit ehelicher Kinder, eine rechtsvergleichende und rechtspolitische Studie,
Diss. Breslau 1934
- Kümmel Die Anfechtung der Ehelichkeit,
Diss. Tübingen 1928
- Lange Kritisches zur Anfechtung der Ehelichkeit,
in: NJW 1962 S. 1697-1703
- Lehmann Deutsches Familienrecht,
3. Aufl.
Berlin 1960
- Massfeller Das Familienrechtsänderungsgesetz,
in: StAZ 1961 S. 241-250

- McIntire Evidence-Paternity-Sterility Test,
in: 36 Tulane Law Review 347-351
(1962)
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Ge-
setzbuches für das Deutsche Reich,
4. Bd. Familienrecht
Berlin 1888
- Opet Das Verwandtschaftsrecht des Bürger-
lichen Gesetzbuchs für das Deutsche
Reich,
Berlin 1899
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar,
22. Aufl.
München 1963
- Pascal Who is the papa?
in: 18 Louisiana Law Review 685-689
(1958)
- Planck Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einfüh-
rungsgesetz,
4. Bd. Familienrecht
3. Aufl.
Berlin 1906
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung
des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetz-
buchs,
4. Bd. Familienrecht
Berlin 1897
- RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch mit beson-
derer Berücksichtigung der Recht -
sprechung des Reichsgerichts,
4. Bd. Familienrecht
9. Aufl.
Berlin 1940
- Restatement of the Law: Jugdmnts,
herausgegeben vom American Law Insti-
tute St.Paul, Minnesota 1942
(zitiert: Restatement, Jugdmnts)
- Richter Künstliche Samenübertragung als Hilfe
in unfruchtbaren Ehen,
in: Die künstliche Befruchtung beim
Menschen. Diskussionsbeiträge aus me-
dizinischer, juristischer und theolo-
gischer Sicht. S. 75-89
Köln 1960

- Sandmeier Die Ehehchkeitsvermutung und ihre
Anfechtung insbesondere durch das
Kind,
Diss. Zürich 1938
- Scheillen Artificial Insemination In The Human,
Amsterdam 1957
- Schwarz Die Geltendmachung der Unehelichkeit
in Vergangenheit, Gegenwart und
Zukunft,
Diss. Erlangen 1926
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch,
4. Bd.
Stuttgart 1963
- von Staudinger-Engelmann
Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze,
4. Bd. Familienrecht 2. Teil
9. Aufl.
München 1926
- Traumann Künstliche Befruchtung und Vater-
schaft,
in: Das Recht 1909 Sp. 761-765
- Vernier American Family Laws,
1. Bd. 1931
4. Bd. 1936
5. Bd. 1937
Stanford
- Weissenstein Anglo-amerikanisches Rechtswörterbuch,
1. Teil Englisch-Deutsch
Zürich 1950
- Whitfield Presumptions of legitimacy. Cohabita-
tion and the use of blood tests,
in: 48 California Law Review 852-857
(1960)
- Wigmore A student's textbook of the Law of
Evidence,
Brooklyn 1935
- Williams The legal unity of husband and wife,
in: 10 Modern Law Review 16-31
(1947)

von Winckel Über die Möglichkeit einer künstlichen Befruchtung im Hinblick auf § 1591 BGB,
in: Das Recht 1909 Sp. 161-169

Windscheid-Kipp Lehrbuch des Pandektenrechts,
1. Bd.
9. Aufl.
Frankfurt a./Main 1906

Winkler Die Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes. Nach Gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuche,
Diss. Rostock 1906

Redaktionelle Anmerkungen und Aufsätze ohne Angabe des Verfassers:

30 Columbia Law Review 734-735 (1930):
Presumption of legitimacy.

33 Harvard Law Review 306 ff. (1920):
Presumption of legitimacy of a child born in wedlock.

63 Harvard Law Review 1271-1272 (1950):
Accurate blood grouping tests which negate paternity held conclusive.

34 Iowa Law Review 658-667 (1949):
Legal and social implications of artificial insemination.

69 Law Quarterly Review 1962 (1953)

14 Louisiana Law Review 121 ff. (1953):
Disavowal of Paternity.

33 Minnesota Law Review 145-156 (1949):
Artificial Insemination, its socio-legal aspects.

Revue Internationale de Droit Comparé
1950 S. 135-136
L'insémination artificielle devant la justice anglaise et américaine.

16 Rutgers Law Review 767-775 (1962):
Presumption of legitimacy - Blood grouping test insufficient to prove non-paternity where statutory presumption is conclusive.

7 Stanford Law Review 388 ff. (1955):
The California Blood Test Act v the
presumption of legitimacy.

23 Tulane Law Review 397-399 (1949):
Bastardy Proceeding-Determination of
Non-Paternity by blood tests.
M.B.H.

58 Yale Law Journal 457 ff. (1949):
Artificial Insemination: A Parvenu
Intrudes on Ancient Law.

2. Annotations aus Entscheidungssammlungen

- 69 Am.St.Rep. 571 ff. Evidence of husband or wife to prove
illegitimacy,
(1899)
- 126 Am.St.Rep. 260 ff. Admissibility and sufficiency of
evidence to prove illegitimacy of
child born in wedlock,
(1908)
- 7 ALR 329-339 Presumption of legitimacy of child
born to married woman as affected by
lapse of more than normal period of
gestation after access by husband,
A.S.M. 1920
- 12 ALR 52-92 Declaration of rights or declaratory
judgments,
A.G.S. 1921
- 14 ALR 974-983 Marriage of woman to one other than
defendant as affecting bastardy
proceeding,
L.F.C. 1921
- 27 ALR 1121-1122 Legitimation by subsequent marriage
annulled under a statute declaring
that certain marriages shall be void
from the time their nullity is decla-
red,
G.J.C. 1923
- 50 ALR 42-55 Declaration of rights or declaratory
judgments,
A.G.S. 1927

- 60 ALR 380-393 Competency of husband or wife to testify to nonaccess, J.T.W. 1929
- 68 ALR 110-134 Declaration of rights or declaratory judgments, A.G.S. 1930
- 68 ALR 421 Competency of husband or wife to testify to nonaccess, J.T.W. 1930
- 71 ALR 1426-1427 A.G.S. 1931
- 84 ALR 499-508 What constitutes a "marriage" within meaning of a statute legitimating issue of all marriages null in law, E.L.D. 1933
- 87 ALR 203-216 Decree of divorce or annulment by court having jurisdiction as binding upon one not a party, as to facts adjudicated, R.T.K. 1933
- 87 ALR 1205-1250 Declaration of rights or declaratory judgments, A.G.S., E.S.O. 1933
- 89 ALR 911-913 Competency of husband or wife to testify to nonaccess, J.T.W. 1934
- 95 ALR 878-894 Presumption as evidence, R.T.K. 1935
- 114 ALR 1361-1367 Determination of constitutionality of statute or ordinance, or proposed statute or ordinance, as proper subject of judicial decision under declaratory judgment acts, J.W.O. 1938
- 128 ALR 713-726 Degree of proof necessary to overcome presumption of legitimacy, R.T.K. 1940
- 147 ALR 196-232 Res judicata as affected by limitation of jurisdiction of court which rendered judgment, Schopflocher 1943

- 156 ALR 1411-1412 Phrase "born out of wedlock" in Uniform Illegitimacy Act as applicable where child is born during the mother's wedlock,
H.D.W. 1945
- 163 ALR 939-961 Blood-grouping tests,
Turri 1946
- 4 ALR 2d 567-572 Admissibility in divorce action for adultery of wife's statement that husband was not father of her child,
Patrinelis 1949
- 10 ALR 2d 782-789 Extent to which principles of res judicata are applicable to judgments in actions for declaratory relief,
Schopler 1950
- 31 ALR 2d 989-1032 Admissibility, on issue of child's legitimacy or parentage, of declarations of parents, relatives, or the child, deceased or unavailable,
Marvel 1953
- 37 ALR 2d 836-845 Judgment in bastardy proceeding as conclusive of issues in subsequent bastardy proceeding,
LeFevre 1954
- 46 ALR 2d 1000-1038 Blood grouping tests,
Hursh 1956
- 53 ALR 2d 572-581 Who may dispute presumption of legitimacy of child conceived or born during wedlock,
Hursh 1957
- 57 ALR 2d 729-790 Presumption of legitimacy, or of paternity, of child conceived or born before marriage,
Woerner 1958
- 65 ALR 2d 1381-1400 Determination of paternity, legitimacy, or legitimation in action for divorce, separation, or annulment,
Cross 1959
- 71 ALR 2d 723-783 Construction, application, and effect of §11 of the Uniform Declaratory Judgments Act that all persons who have or claim any interest which would be affected by the declaration shall be made parties,
Henry 1960

Verzeichnis der zitierten englischen und
nordamerikanischen Entscheidungen

In re Adams	S. 3
Adams v Adams	S. 64, 68
Alsop v Bowtrell	S. 2, 25
Anderson v Anderson	S. 38, 45, 49, 62
Andrews v Andrews and Chalmers	S. 23
Angel v Schram	S. 82
Anway v Grand Rapids Railway Company,	S. 80
Arais v Kalensnikoff	S. 39
Arnold v Arnold	S. 71
Arthur v Arthur	S. 19, 30, 52, 88
In re Asbury's Estate	S. 68
B. v B.	S. 26
Banbury Peerage Case	S. 16, 35, 37
Barker v Barker	S. 13
Re Barth	S. 22, 61, 72, 84, 85
Bassil v Ford Motor Co.	S. 37, 92
Beard v Vincent	S. 54
Bell v Territory	S. 95
Bentley v Frenger	S. 71
Bernheimer v First National Bank	S. 20
Berry v Chaplin	S. 34, 39
In re Biersack	S. 14, 51
Re Bischoffsheim	S. 68
Bonsall v Bonsall	S. 59
Bosville v Attorney-General	S. 24, 47
Bower v Graham	S. 28
Bowers v Bailey	S. 10, 18, 24, 49 52, 53
Bowles v Bingham	S. 20, 47, 95
Boyers v Boyers	S. 26

In re Bromage	S. 22, 26
Bruner v Engeles	S. 10, 12, 14, 18
Bullock v Knox	S. 31, 39
Burnaby v Baillie	S. 24, 31, 35, 68
Bury's Case	S. 33
Byrd v Travelers Insurance Company	S. 10, 43, 52, 54, 61, 68, 71, 91
In re Byrnes' Estate	S. 11, 12, 51
C. v C.	S. 39, 96
Carlson v Bartels	S. 79
Succession of Cervini	S. 51
Re Chaplin's Petition	S. 75
Chard v Chard	S. 13
Clark v Clark	S. 25
Clark v State	S. 21, 35, 68
Clift v Clift	S. 67
Clover v Clover	S. 9, 14
In re Cogan's Estate	S. 72
Coler v McTighe	S. 12
Commissioner of Public Welfare of the City of New York v Koehler, S. 94	
Commonwealth ex rel. Iacovella v Iacovella, S. 22, 88	
Commonwealth v Kitchen	S. 24, 25, 35, 36, 46
Commonwealth ex rel. Moska v Moska	S. 9, 71, 95
Commonwealth v Rosenblatt	S. 94
Commonwealth v Shepherd	S. 31, 37
Cox v Colbert	S. 14, 68
Craven v Selway	S. 18, 19, 37, 49, 92
Cross v Cross	S. 18, 19, 22, 23, 26, 37, 39, 46, 70, 90
Re Cryan	S. 81
Daniels v Daniels	S. 72
Darrow v Geisen	S. 28
In re Davis	S. 43

Dazey v Dazey	S. 28, 45, 95
De Charette v St.Matthews Bank Trust Co.,	S. 82, 84
Dennison v Page	S. 21, 35, 37, 43, 91
De Thoren v A.-G.	S. 11, 51
Devereaux v Devereaux	S. 71
Dickinson's Appeal	S. 23, 30
Dirion v Brewer	S. 9, 10
Doornbos v Doornbos	S. 5
Doughty v Engler	S. 30
Drennan v Douglas	S. 26
Ducasse's Heirs v Ducasse	S. 54
Dulsky v Susquehanna Colieries Co.	S. 46, 49, 37
Egbert v Greenwalt	S. 46, 46, 95
Eldridge v Eldridge	S. 20, 43, 48, 52
Eloi v Mader	S. 54, 61, 85
Ervin v Bass	S. 21
Ettenfield v Ettenfield	S. 22, 23
Evans v Robertson	S. 84
Evans v State ex rel. Freeman	S. 89, 77, 94
Farnsworth v Hazelett	S. 29
Faulkner v City of Keene	S. 84
Feazel v Feazel	S. 41, 54, 95
In re Findlay	S. 17, 35, 37, 46, 48
First National Bank v Ford	S. 86, 87
Doe dem. Fleming v Fleming	S. 11
Flint v Pierce	S. 56
Succession of Flynn	S. 2, 54
Franks v State	S. 50
Foglio v Foglio	S. 67
Re Forney	S. 71
Gambill v Gambill	S. 78
Garcia v Garcia	S. 59, 71, 72
Gardner v Gardner	S. 20, 88

Gaskill v Gaskill	S. 25
Succession of Gibson	S. 12
Gibson v Mason	S. 14
Re Gilbert	S. 64
Gonzales v Gonzales	S. 93, 95
Gonzales v Pacific Greyhound Lines	S. 59, 72
Goodright ex dim. Stevens v Moss	S. 90
Goodright, on the Demise of Tompson v Saul,	S. 35, 68
Gordon v Gordon	S. 36, 37
Goss v Froman	S. 94, 95
Gossett v Ullendorff	S. 54, 62
Gower v State	S. 36, 37
Gravely v Gravely	S. 37
Great Northern Railway Co. v Mustad,	S. 82
Greenman v Greenman	S. 79
In re Gregoire's Estate	S. 10, 48
Gross v Gross	S. 34, 46
Groulx v Groulx	S. 48, 49
In re Grove	S. 59
Guilliams v Koonsman	S. 81
Haan v Haan	S. 80
Hadlum v Hadlum	S. 25
Hale v State	S. 48, 49
Hall v State	S. 37, 95
Harding v Harding	S. 96
Hargrave v Hargrave	S. 35, 47, 52
Harrington v Grieser	S. 69
Harris v Louisiana Oil Refining Corporation,	S. 41
Harris v Seabury	S. 22, 88
Harris v Shelton	S. 69
Harrison v Harrison	S. 67
Harrison v Southampton	S. 64
In re Hartmann's Estate	S. 11
In re Heath	S. 26
Heath v Heath	S. 35

Henley v Foster	S. 9, 64, 65
Herd v Lyttle	S. 82
Hetherington v Hetherington	S. 23
Hewat's Divorce Bill	S. 63
Hill v Johnson	S. 33
Hilton v Roylance	S. 14
Hilton v Snyder	S. 72
In re Hindi	S. 77
Houston v Houston	S. 96
Holland v Holland	S. 90
Hubert v Cloutier	S. 52, 95
Hudson v Hudson	S. 37, 44
Hughes v Hughes	S. 39
Hynes v McDermott	S. 11, 17
Jackson v Jackson	S. 37
Jackson v Thornton	S. 43, 49, 52
Jacobs v Jacobs	S. 20, 21, 31, 33, 34, 68.
Jefferson County ex rel. Coleman v Chilton,	S. 81
Re Jones	S. 29, 32, 35, 46, 49, 50, 87
Jones v Evans	S. 57
Johnson v Johnson	S. 70
Johnson v Johnson's Administrator	S. 9, 12, 14, 51, 59
Jordan v Davis	S. 96
Jordan v Mace	S. 96
In re Julian's Estate	S. 2, 71, 72
Judson v Bee Hive Auto Service Co.	S. 86
Kariher's Petition	S. 80, 81, 82, 83
Kennedy v State	S. 92
King v Abbert Alberton	S. 30
King v Albertson	S. 30
King v Kea	S. 68
King v Luffe	S. 20, 21, 31, 37, 57, 68

King v Peninsular Portland Cement Co.	S. 28
King v Reading	S. 89
Kingsbury v Kingsbury	S. 67
Knowles v Attorney General	S. 69, 71, 73, 75, 76
Kowalski v Wojtkowski	S. 29, 31, 54, 56
Kreighbaum v Dinsmore	S. 35
Kuhlman v Kuhlman	S. 61
Kusior v Silver	S. 38, 39

Langel v Langel	S. 34, 37, 49, 70, 97
Laumeier v Laumeier	S. 68, 69
In re Lee's Estate	S. 20, 58
Lejeune v Lejeune	S. 41
In re Lentz	S. 20, 69, 88
In re Lewis' Estate	S. 49, 52, 59
Limberg v Limberg	S. 71
Lindsay v Lindsay	S. 71
Lockwood v Lockwood	S. 52
Locust v Caruthers	S. 10, 18
Loudon v Loudon	S. 94
Lynn v Kearney County	S. 84

M. v M.	S. 69, 70
Malley v American Indem. Co.	S. 80
Mansel v Attorney General	S. 75
Maricopa County v Leppla	S. 80
In re Matthews' Estate	S. 14, 17, 18, 19, 88
Mayer v Davis	S. 26
McCulloch v McCulloch	S. 20, 43, 67
In re McDermott's Estate	S. 33, 43, 49, 88
In re McMurray's Estate	S. 11, 58
In re McNamara's Estate	S. 18, 24, 34, 38
McNeely v McNeely	S. 2

Miller v Anderson	S. 20, 44, 45, 50 57, 92
Miller v Currie	S. 79, 80
Estate of Mills	S. 38, 95
Milone v Milone	S. 26
Moore v Smith	S. 19, 94
Morecroft v Taylor	S. 79, 81, 82
Morris v Davies	S. 35, 36, 47
Morris v Morris	S. 37, 43, 91
M-T v M-T and Official Solicitor	S. 26
Murrel v Industrial Commission	S. 30
Needham v Needham	S. 35, 40, 49, 67
New York v Koehler	S. 93
New York Post Corporation v Kelley	S. 79
Nitschke v Nitschke	S. 70
Nixon v Wichita Land & Cattle Co.	S. 13
Ohms v Ohms	S. 70
Orthwein v Thomas	S. 14, 49, 59, 62
In re Osborne's Estate	S. 20
In re Overbury	S. 27, 28
Inter the Parishes of St.Andrew and St. Brides,	S. 30
Inter the Parishes of St.George and St.Margaret, Westminster,	S. 22, 23, 30
Parker v Nothomb	S. 57
Parsons v Parsons	S. 67
Re Peacock's Will	S. 59
Pendrell v Pendrell	S. 30
People v Connell	S. 68
People v Kovacevich	S. 47, 68, 71
People v Woodson	S. 52
Peoples National Bank of Greenville v Manos Brothers Inc.	S. 52, 88, 95

Perry v Meddowcroft	S. 64, 65
Phillips v State ex rel. Hathcock	S. 88
In re Pickens' Estate	S. 12, 51, 87
Piers v Piers	S. 12, 47, 51
Pinkard v Pinkard	S. 43, 91
Preston Jones v Preston Jones	S. 24
Primavera v Primavera	S. 73
Proctor v Lowe	S. 12
The Poulett Peerage	S. 20, 31, 35, 68, 91, 92
Powell v Stage	S. 33, 34, 49
Queen v Collingwood	S. 57
Queen v Murrey	S. 30
Queen v Pilkington	S. 57
Quinones v Quinones	S. 71
R.E.L. (Otherwise R.) v E.L.	S. 4, 64
Reed v State	S. 95
Reichert v Jerome J. Sheip, Inc.	S. 14
Reyes v Flemming	S. 54
In re Reynold's Estate	S. 82
Richards v State	S. 43
Richardson v Borders	S. 65, 66
Richter v Richter	S. 17, 92
Ross v Marx	S. 97
In re Rowe's Estate	S. 35, 36, 48, 71, 95
Re Ruff	S. 16, 68
Russel v A.-G.	S. 12, 51
Russel v Russel	S. 31, 37, 75, 90, 92
In re Russel's Estate	S. 10, 11
Russian Commercial & Industrial Bank v British Bank for Foreign Trade, S. 81	
Ryke v Ream	S. 68, 71, 72, 73

In re S.B. (An Infant)	S. 26
Saks v Saks	S. 44
Succession of Saloy	S. 54, 55
Sam v Sam	S. 13
Sastry Velaider Aronegary v Sembecutty Vaigalie, S. 11	
Saunders v Fredette	S. 32, 36, 46
Savage v Purcell	S. 71
Sayles v Sayles	S. 37, 46, 71, 90
Scanlon v Walshe	S. 33, 37
Schlenker v Ferdon	S. 49, 71
Schmidt v State	S. 68
Secondine v Secondine	S. 46
Sergeant v North Cumberland MFG. Co.	S. 34, 35, 50, 88, 26
Serralles v Viader	S. 79
Serway v Galentine	S. 58
Shatford v Shatford	S. 67, 72, 73, 95
Sheldon v Powell	S. 79
In re Shephard	S. 11
Shewalter v Shewalter	S. 46, 70
In re Skinner's Estate	S. 48
Slater v Slater	S. 8
In re Stanton	S. 9
State v Coliton	S. 18, 31, 58, 77, 82
State v E.A.H.	S. 35, 43
State v Flynn	S. 35
State v Frenger	S. 37
State v Fury	S. 94
State v Green	S. 36, 37
State v Liles	S. 57
State v Reed	S. 49, 94, 95
State v Romaine	S. 43, 44, 47, 88
State v Shaw	S. 68
State v Shoemaker	S. 21, 44, 45
State v Soyka	S. 94
State v Williams	S. 14
State ex re. Bentley v Frenger	S. 12, 71

State ex rel. La Folelette v Dammann	S. 80, 81
State ex rel. Walker v Clark	S. 37, 97
Stegall v Stegall	S. 35, 44, 46
Stein's Adm'R v Stein	S. 9
Stephens v State	S. 25, 52, 68
Stevenson v Washington's Adm'R	S. 9, 68
Stillie v Stillie	S. 68
Stillman v Stillman	S. 36, 69, 88
In re Strachen's Estate	S. 26
Strnad v Strnad	S. 5
Strom v Strom	S. 28, 88
Sunshine Mining Co. v Carver	S. 80, 82
Supreme Tent v Dupriest	S. 82
Switzer v Switzer	S. 41
Tarleton v Thompson	S. 50
Ex parte Thompson	S. 67
Timmerman v Timmerman	S. 78
In re Tinker's Estate	S. 58
Tolle v Struve	S. 79
Tompson v Saul	S. 68
In re Tormey's Estate	S. 12, 13, 51
Trossman v Trossman	S. 79, 80, 82
Tyson v Raines	S. 12, 14, 52
Vanover v Steele	S. 26, 52, 88
Vernon v Vernon	S. 42
Vorvilas v Vorvilas	S. 46, 47, 88, 94
Vulagamore v Unknown Heirs of Vulagamore,	S. 28
Walker v First Trust & Savings Bank	S. 81
Walker v Jarnewich	S. 44
Wallace v Wallace	S. 35, 43, 44, 67 90, 95

In re Walker's Estate	S. 34, 38, 45, 50, 95, 72
Warren v State	S. 22, 23
Warren v Warren	S. 90
Warter v Warter	S. 76
Washington-Detroit Theatre Co. v Moore,	S. 80, 81
Watkins v Prudential Ins. Co.	S. 17
Welch v Cliburne	S. 57
West v Redmond	S. 92
Western Electric Co. v Hammond	S. 82
Westfall v Westfall	S. 43, 95
Williams v Williams	S. 41, 42
Wilson v Wilson	S. 39, 87
Winsette v Winsette	S. 58
Wollard v Schaffer Stores Co., Inc.	S. 80
In re Wray's Estate	S. 58, 94
Wright v Hicks (1852)	S. 24, 69
Wright v Hicks (1854)	S. 39, 43, 50, 92
Wright v Tehee	S. 51
In re Wright's Estate	S. 93
Yanoff v Yanoff	S. 67, 91
Zachmann v Zachmann	S. 28, 88
Zakrewski v Zakrewski	S. 95
Zoercher v Agler	S. 81

Abkürzungsverzeichnis

A.	Atlantic Reporter
A.2d	Atlantic Reporter, Second Series
a.A.	anderer Auffassung
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
A.C.	Law Reports, Appeal Cases, House of Lords and Privy Council (seit 1890)
a.F.	alte Fassung
A.-G.	Attorney General
ALR	American Law Reports Annotated
ALR 2d	American Law Reports Annotated, Second Series
Am.Dec.	American Decisions
Am.Jur.	American Jurisprudence
Am.Rep.	American Reports
Am.St.Rep.	American State Reports
Anm.	Anmerkung
Anno.	Annotation
Art.	Artikel
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
c.	chapter
Ch.	Law Reports, Chancery Division (seit 1890)
Ch.D.	Law Reports, Chancery Division (1875 - 1890)
CJS	Corpus Juris Secundum
C.o.	Court of
C.o.A.	Court of Appeals
C.o.Civil A.	Court of Civil Appeals

DJ	Deutsche Justiz
Diss.	Dissertation
Eliz.	Elizabeth
Eng.Rep.	The English Reports
f.	folgende
F.2d	Federal Reporter, Second Series
F.Cas.	Federal Cases
F.S.	Federal Supplement
FamRZ	Ehe und Familie, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Geo.	George
gem.	gemäß
h.M.	herrschende Meinung
i.V.m.	in Verbindung mit
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K.B.	Law Reports, King's Bench Division
KG	Kammergericht
L.C.C.	Louisiana Civil Code
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
N.E.	Northeastern Reporter
N.E.2d	Northeastern Reporter, Second Series
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N.W.	Northwestern Reporter
N.W.2d	Northwestern Reporter, Second Series
N.Y.S.	New York Supplement
N.Y.S.2d	New York Supplement, Second Series
o.	of
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichts- hofes für die Britische Zone in Zivil- sachen
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Die Rechtsprechung der Oberlandesge- richte auf dem Gebiete des Zivilrechts

P.	Pacific Reporter
P.2d	Pacific Reporter, Second Series
P.D.	Law Reports, Probate, Divorce, and Admiralty Division (1875-1890)
Pr.	Law Reports, Probate, Divorce, and Admiralty Division (seit 1890)
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rolls C.	Rolls Court
S.	Southern Reporter
S.2d	Southern Reporter, Second Series
S.C.	Supreme Court
S.C.o.	Supreme Court of
S.C.o.A.	Supreme Court of Appeals
S.E.	Southeastern Reporter
S.E.2d	Southeastern Reporter, Second Series
S.W.	Southwestern Reporter
S.W.2d	Southwestern Reporter, Second Series
Sec.	Section
Seuff.Arch.	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten
Sp.	Spalte
StAZ	Das Standesamt, Zeitschrift für Standesamtswesen
Subd.	Subdivision
Tit.	Title
US	United States
USA	United States of America
U.S.C.	United States Code
u.U.	unter Umständen
v	versus
Vict.	Victoria
Vv.	Vaterschaftsvermutung
WarnR	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts ..., herausgegeben von Warneyer

ZGB	Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozessordnung
ZS	Zivilsenat

E i n l e i t u n g

Ein in der Ehe geborenes Kind ist normalerweise nicht nur rechtlich sondern auch blutsmäßig mit den Eltern verwandt. Fallen jedoch beide Verwandtschaften auseinander, so können Spannungen verschiedener Art entstehen. Das Bemühen, für diese Fälle einen sinnvollen Ausgleich zwischen rechtlicher und natürlicher Situation zu schaffen, hat das deutsche Recht immer wieder beschäftigt, den Gesetzgeber noch 1961 ¹⁾.

Die vorliegende Arbeit will einen Beitrag zur Diskussion über dieses Rechtsgebiet liefern, indem sie aufzeigt, wie England und die USA die hier auftretenden Probleme lösen.

Nicht behandelt werden die **Möglichkeiten**, eine eheliche Stellung zu beseitigen, die eine Person anders als durch eheliche Geburt - z.B. durch legitimatio per matrimonium subsequens oder durch "recognition or acknowledgment" - erworben hat.

Die Trennung im deutschen Recht zwischen der Anfechtung der Ehelichkeit und der Geltendmachung der Unehelichkeit nimmt das englisch-amerikanische Recht in der Regel nicht vor. Daher wird im folgenden unter Geltendmachung der Unehelichkeit in einem weiteren Sinn jedwede Art des Bestreitens der nach dem Recht sich ergebenden Ehelichkeit verstanden. Soweit das Wort Anfechtung benutzt wird, hat es die engere deutsch-rechtliche Bedeutung.

1) BGBI. I 1221

Das Familienrecht gehört in den USA zu der Gesetzgebungskompetenz der Einzelstaaten ¹⁾ und entwickelte sich dadurch unterschiedlich. Die nachstehenden Ausführungen wollen nicht die Rechtslage in jedem Einzelstaat darstellen. Sie beschränken sich auf eine Übersicht über die verschiedenen Ausformungen des englisch-amerikanischen Bastardisierungsrechtes. Dieses Vorgehen wird dadurch erleichtert, daß die meisten US-Staaten eine gemeinsame Ausgangsbasis im common law haben.

Vorläufer des common law in Fragen der Bastardisierung war das kanonische Recht. Die Kirche hatte in England früh die Jurisdiktion über Ehe- und Ehelichkeitssachen an sich gezogen ²⁾. Grund dafür war der sakramentale Charakter der Ehe. Wenn vor den weltlichen Gerichten die Ehelichkeit einer Person streitig war, so pflegten sie, diese Vorfrage den bischöflichen Gerichten vorzulegen, deren Entscheidung dann für die weltlichen Gerichte verbindlich war. Erst seit Mitte des 16. Jahrhunderts gingen die weltlichen Gerichte dazu über, selbst diese Fragen zu entscheiden, wobei sie allmählich in Abwandlung des Kanonischen Rechtes eigene Grundsätze zum Recht der Bastardisierung entwickelten.

1) Vgl. Art. 1 Sec. 8 der US-Verfassung

2) Holdsworth Bd. 1 S. 621

ERSTER TEIL

Die Geltendmachung der Unehelichkeit einer ehelich geborenen Person in England und den USA

1. Abschnitt

Grundlagen des ehelichen Familienstandes

§ 1 Voraussetzungen der Ehelichkeit

Im common law wird die Ehelichkeit - legitimacy - einer Person im Regelfall durch zwei Umstände begründet ¹⁾:

- I. Zeugung oder Geburt innerhalb einer gesetzmäßigen Ehe der Eltern (lawful marriage of the parents) und
- II. tatsächliche Abstammung von den Eheleuten (child as fruit of that marriage).

I. Ehe der Eltern

Die Legitimität einer Person ist somit grundsätzlich an eine gesetzmäßige Ehe der Eltern geknüpft ²⁾. Früher mußten Zeugung und Geburt innerhalb der Ehe liegen, heute genügt es, wenn entweder die Zeugung oder die Geburt in die Ehe fallen. Kinder, die nach Auflösung der Ehe empfangen sind, sind daher

1) Vgl. statt vieler Eversley S. 316 f.

2) Dieses Anknüpfen der Legitimität an eine Ehe ist nicht selbstverständlich, findet sich im Abendland aber schon früh; vgl. diesbzgl. die aufschlußreiche Abhandlung von Ayer in 16 Harvard Law Review 22 ff. (1902)

unehelich ^{1) 2)}. Aber auch in dem Sonderfall, daß ein Kind vor der Ehe gezeugt, jedoch erst nach der Beendigung der Ehe der Eltern geboren wurde, wird das Kind als ehelich angesehen ³⁾.

Die ursprünglich strenge Bindung der Ehelichkeit an eine gültige Ehe wurde allerdings durch neuzeitliche Auffassungen über die Verantwortung gegenüber dem betroffenen Kinde gelockert. So sind heute in England auch Kinder aus Nichtehen (void marriages) ehelich, wenn zumindest ein Elternteil in Bezug auf die Gültigkeit der Ehe gutgläubig war ⁴⁾. Kinder aus anfechtbaren Ehen (voidable

-
- 1) Das wird auch in Louisiana gelten müssen trotz unklaren Wortlauts des Art. 187 Louisiana Civil Code; vgl. Brouillette in 13 Louisiana Law Review 587,592 und in Bd. 14 S. 401,414.
Im übrigen z.B. Alsop v Bowtrell 79 Eng.Rep. 464 (England, King's Bench 1619)
 - 2) Vereinzelt scheint man in den USA Kinder, die nach der richterlichen oder behördlichen Trennung der Eltern (separation from bed and board, judicial separation, limited divorce) empfangen worden sind, ebenfalls für unehelich anzusehen. Z.B. New York, Domestic Relation Law § 119, 1c: "A child born out of wedlock is a child begotten or born:... during the separation of its mother from her husband pursuant to a judgment of a competent court."
Anderer Auffassung z.B. Louisiana: siehe Diktum in McNeely v McNeely 17 S. 928,929 (Louisiana S.C. 1895); Succession of Flynn 109 S. 395 (Louisiana S.C. 1926) und Guillory in 5 Tulane Law Review 449,457
 - 3) In England ist keine Entscheidung diesbzgl. zu finden; vgl. aber bejahend Bromley S. 280.
USA: In re Julian's Estate 334 P.2d 432 (Kansas S.C. 1959), worin ein Kind, das 255 Tage nach Heirat der Eltern und einige Zeit nach der Scheidung geboren wurde, als ehelich vermutet wurde, selbst wenn - wie das Gericht ausdrücklich betonte - das Kind vor der Heirat gezeugt worden sein sollte.
 - 4) Legitimacy Act 1959, Sec. 2 (7 & 8 Eliz. 2, c. 73)

marriages) sind ebenfalls ehelich, soweit sie ehelich wären, wenn die Ehe nur geschieden wäre ¹⁾. Die Kinder müssen also die Stellung von ehelichen Kindern entweder durch ihre Zeugung bzw. ihre Geburt zwischen formellem Eheschluß und Eheaufhebungsurteil oder durch Legitimation scheinbar besitzen ²⁾.

Dem Ergebnis nach ähnliche Bestimmungen gibt es in nahezu allen Staaten der USA. Es würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten, diese zum Teil sehr unterschiedlichen Gesetze näher zu untersuchen ³⁾. Grundsätzlich wird gesagt werden können, daß Kinder aus voidable marriages im Zweifel als ehelich gelten, was für Kinder aus void marriages nur der Fall ist, wenn Gesetze dies bestimmen, was im übrigen die Regel ist ⁴⁾.

1) Matrimonial Causes Act 1950, Sec. 9 (14 Geo. 6, c. 25). Ein Fall, in dem Kind nicht als ehelich angesehen wurde: In re Adams 1951 Ch. 716 (Chancery Division 1951)

2) Siehe Bromley S. 290

3) Diesbzgl. sei verwiesen auf die Nachweise und Darstellungen: 7 Am.Jur., Bastards §§ 5-12; 10 CJS, Bastards § 2; Vernier Bd. 1 S. 230 ff.; Anno. 84 ALR 499

4) Siehe 10 CJS, Bastards § 2 mit Nachweisen

II. Abstammung von den Eheleuten

Was unter Abstammung von den Eheleuten zu verstehen ist, ist normalerweise klar. Bei künstlicher Befruchtung aber kann es problematisch werden ¹⁾. Dabei sind deren beide Arten zu unterscheiden:

1. Mit der künstlichen Befruchtung mittels des Samens des Ehemannes - sog. homologe künstliche Befruchtung ²⁾ - hatte sich ein höheres Gericht bisher nur in England zu befassen ³⁾. Eine Ehefrau begehrte die Nichtigerklärung der Ehe wegen psychisch bedingter impotencia coeundi ihres Mannes. Dabei war sie schwanger durch künstliche Insemination mit dessen Samen. Das Gericht bedauerte, daß durch die Nichtigerklärung das Kind unehelich würde, womit es offensichtlich die anfängliche Ehelichkeit des Kindes unterstellte. Diese Einstellung stimmt mit der weitaus herrschenden Meinung im englisch-amerikanischen Schrifttum überein ⁴⁾. Begründet wird sie mit dem Hin-

-
- 1) Die künstliche Befruchtung ist in den USA wie in keinem anderen Land verbreitet. Die Zahlenangaben bzgl. der Kinder, die dort ihr Leben durch künstliche Insemination verdanken, schwanken zwischen 50.000 und 260.000, wozu jährlich sogar 15.000 - 20.000 Kinder hinzu zu zählen seien, vgl. Nachweise bei Giesen S. 24. Für England liegen die Zahlen erheblich niedriger, vgl. bei Giesen S. 25 f.
 - 2) Artificial insemination by the husband as donor - A.I.H.
 - 3) R.E.L. (Otherwise R.) v E.L. 1949 Pr. 211 (Divorce Division 1948)
 - 4) "... there is not the slightest doubt that children conceived by A.I.A. are legitimate": Bartholomew in 21 Modern Law Review 236, 256; 33 Minnesota Law Review 145 ff.; 34 Iowa Law Review 658 ff.; weitere Nachweise bei Dölle S. 199 f.; vgl. auch Giesen S. 124, 131. Hinweise auf geäußerte Zweifel hinsichtlich der Ehelichkeit: bei Schellen S. 297 f.

weis darauf, daß das Kind in tatsächlicher Hinsicht vom Ehemann abstamme ¹⁾, und andererseits das Recht nicht definiert habe "the method of procreation which is necessary to insure the legitimacy of the child"²⁾. Die künstliche Samenübertragung gilt nur als technische Hilfe zur ehelichen Empfängnis. Im übrigen sieht man auch überwiegend in der homologen künstlichen Befruchtung keinen Verstoß gegen die "public policy and good morals"³⁾.

2. Zur künstlichen Befruchtung mit dem Samen eines anderen Mannes als des Ehemannes - sog. heterologe künstliche Befruchtung ⁴⁾ - ist die Judikatur ebenfalls spärlich.

Die erste veröffentlichte einschlägige Entscheidung in den USA bezieht sich auf eine heterologe künstliche Befruchtung mit Zustimmung des Ehemannes ⁵⁾. Das Gericht entschied, daß der Ehemann

-
- 1) Vgl. "Artificial Insemination and Legitimacy" in Journal of the American Medical Association, 1939, S. 1832 ff., teilweise zitiert bei Bartholomew in 21 Modern Law Review 236, 256
 - 2) 33 Minnesota Law Review 145, 148
 - 3) Vgl. z.B. die nicht offiziell veröffentlichte Entscheidung Doornbos v Doornbos (Illinois, Superior Court Cook County 13. Dez. 1954), teilweise nachgedruckt bei Bartholomew in 21 Modern Law Review 236, 241; weitere Nachweise bei Dölle S. 199 Fußnote 29
 - 4) Artificial insemination by a donor other than the husband - A.I.D.
 - 5) Strnad v Strnad 78 N.Y.S.2d 390 (New York, S.C. New York County 1948); vgl. dazu auch Revue Internationale de Droit Comparé 1950 S. 135 f.

durch seine Zustimmung das Kind "potentially adopted or semi-adopted" und daher diesem gegenüber die Stellung eines Adoptivvaters erlangt habe. "In the opinion of this court, ... this child is not an illegitimate child. Indeed, logically and realistically, the situation is no different than that pertaining in the case of a child born out of wedlock who by law is made legitimate upon the marriage of the interested parties"¹⁾. Die neuere Entscheidung eines niederen Gerichtes *Doornbos v Doornbos* ²⁾ nimmt einen anderen Standpunkt ein: "Heterologous Artificial Insemination ... with or without the consent of the husband is contrary to public policy and good morals and constitutes adultery on the part of the mother. A child so conceived is not a child born in wedlock and is therefore illegitimate. As such it is the child of the mother and the father has no right or interest in said child." Hier wird also die Ehelichkeit eines solchen Kindes strikt verneint.

Ob sich diese Haltung jedoch generell durchsetzen wird, ist angesichts des amerikanischen Schrifttums zu dieser Frage zweifelhaft. Nur ein Teil der Lehre ist nämlich uneingeschränkt derselben Ansicht, und zwar mit der Begründung,

1) 78 N.Y.S.2d 390,392.

Es ist beachtenswert, daß das Gericht fortfährt: "The court does not pass on the legal consequences in so far as property rights are concerned in a case of this character, nor does the court express an opinion on the propriety of procreation by the medium of artificial insemination."

Diese Entscheidung ist vielfach als richterliche Gesetzgebung abgelehnt worden: Nachweise bei Dölle S. 205; auch Bartholomew in 21 Modern Law Review 236,256 und Giesen S. 148 Fußnote 904

2) Siehe Fußnote 3 S. 5

daß das Kind nicht die wirkliche Nachkommenschaft von Ehemann und Ehefrau sei ¹⁾. Demgegenüber neigen eine Reihe Autoren dazu, dem Kind die Stellung eines ehelichen zumindest dann einzuräumen, wenn der Ehemann der künstlichen Insemination zustimmt ²⁾. Sie rechtfertigen diese Einstellung vor allem mit dem Hinweis auf das übereinstimmende Wollen der Eheleute und auf die angeblich positiven seelischen Auswirkungen der Mutterschaft auf die Ehefrau und damit auf die Ehe überhaupt. Auch in Gesetzesentwürfen oder -vorschlägen zeigen eine Anzahl Staaten eine nicht ablehnende Haltung gegenüber der heterologen Insemination ³⁾. Zwar ist keiner dieser Vorschläge bisher angenommen worden, mit Ausnahme des New York Sanitary Code von 1947 i.d.F. 1950, der genaue Bestimmungen für die Vornahme und karteimäßige Erfassung einer künstlichen Befruchtung enthält ⁴⁾; jedoch unterstreichen sie die - zumindest bei der konsentierten Insemination - in vielen U.S.-Staaten bestehende Tendenz, die Ehelichkeit zu bejahen.

Demgegenüber geht die ganz h.M. in England von der Unehelichkeit eines aus einer heterologen Insemination hervorgegangenen Kindes aus, und zwar unabhängig von einer eventuellen Zustimmung

-
- 1) Siehe Nachweise bei Giesen S. 150
 - 2) 33 Minnesota Law Review 145, 153 ff;
34 Iowa Law Review 658 mit weiteren Nachweisen;
vgl. auch Nachweise bei Dölle S. 206, 208, 235
 - 3) Vgl. Nachweise bei Giesen S. 150 aber auch S. 151
 - 4) Ausführlich darüber Dölle S. 245 und Giesen S. 156

des Mannes^{1) 2)}. Wird ein solches Kind z.B. als Kind des Ehemannes im Geburtsregister angemeldet, so ist der bösgläubig handelnde Anmel-der nach Sec. 4 des Perjury Act von 1911 straf-bar³⁾. Man erkennt an, daß diese Haltung dem betroffenen Kind manchen Vorteil versagt, glaubt aber, daß fundamentale Vorstellungen von der so-zialen Ordnung und der Erbfolge und auch die ne-gativen psychologischen Folgen auf das Kind, wenn es von der Art seiner Empfängnis erfährt, eine andere Einstellung verbieten^{4) 5)}.

1) Vgl. Bartholomew in 21 Modern Law Review 236, 256;

weitere Nachweise bei Dölle S. 208 und ausführlich bei Giesen S. 125 ff.

2) In der einzigen englischen Entscheidung zur heterologen Insemination ging es lediglich um die Frage der "consummation" der Ehe. Ehe-lichkeitsprobleme tauchten nicht auf, da die Insemination ohne Erfolg geblieben war; Slater v Slater 1953 Pr. 235 (C.O.A. 1952)

3) Nachweise bei Giesen S. 125; auch Beuerlein S. 47

4) So hat auch de lege ferenda die offizielle Un-tersuchungskommission der britischen Regierung im sog. Feversham-Report vorgeschlagen, die "A.I.D. children" nicht als ehelich anzusehen, ein gegenteiliger Vorschlag "... would relieve the child of the stigma of illegitimacy, it would not give him complete security since he would still be liable to discover that he was probably not, ..., the child of his supposed father.

It would bring the child certain material ad-vantages, but it might be a serious encroach-ment on the rights of the other members of the husband's family and would interfere with the principle of hereditary succession which is the basis of our society.

It would constitute a degree of official encou-ragement of A.I.D. and the consequent birth of children exposed to dangers to which children should not be exposed.

It would involve an unprecedented change in the concept of legitimacy." Abgedruckt bei Gie-sen S. 142

5) Gutmeinende Autoren empfehlen daher Adoption bzw. Berücksichtigung des A.I.D.-Kindes im Testament, Nachweise bei Beuerlein S. 48.

3. Wie die englisch-amerikanische Rechtsprechung den Fall beurteilt, wenn zur künstlichen Befruchtung gleichzeitig Samen des Ehemannes als auch eines Dritten verwandt wird, war nicht festzustellen. Da aber in anderen Fällen im Zweifel vorwiegend zugunsten der Ehelichkeit entschieden wird ¹⁾, werden wahrscheinlich die Gerichte in Zweifelsfällen auch hier zugunsten der Ehelichkeit entscheiden, ausgehend von der Annahme, der Samen des Ehemannes und nicht der des Dritten habe zur Empfängnis geführt.

§ 2 Die Ehelichkeitsvermutung

Die Ehelichkeit einer Person hängt - wie sich aus dem oben Gesagten ergibt - von bestimmten Fakten ab. Deren Vorliegen ist zum Teil schwer zu beweisen. Das englische und nordamerikanische Recht hilft durch die Aufstellung von Vermutungen, denn es ist bestrebt, die Ehelichkeit in möglichst großem Umfang zu erhalten und zu bejahen: "The policy of the law is to declare children legitimate when it can be fairly done." ²⁾

1) Vgl. folgende Kapitel über die Ehelichkeitsvermutung

2) Stein's Adm'R v Stein 106 S.W. 860,861 (Kentucky C.o.A. 1908); "... the rule is the same in all Christian countries ...": Stevenson v Washington's Adm'R 21 S.W.2d 274,276 (Kentucky C.o.A. 1929); vgl. auch In re Stanton 123 N.Y.S. 458 (New York, Surrogate's C. Onondaga County 1910); Dirion v Brewer 151 N.E. 818 (Ohio C.o.A. 1925); Commonwealth ex rel. Moska v Moska 162 A. 343,344 (Pennsylvania Superior C. 1932); Johnson v Johnson's Administrator 77 Am.Dec. 598 (Missouri S.C. 1860); Henley v Foster 125 S. 662,664 (Alabama S.C. 1930); Clover v Clover 247 S.W. 300,302 (Texas C.o.Civil A. 1923): "The law is unwilling to bastardize children, ..."

So zeigt sich eine Tendenz, jede vernünftige Vermutung zuzulassen, die die Ehelichkeit einer Person begünstigt. Das gilt ganz besonders in den USA:

"It is a primary principle that every reasonable presumption will be made in favor of legitimacy" ¹⁾.

"In the absence of proof to the contrary, the law presumes that all persons are legitimate ... ²⁾.

Dabei stützt sich die Ehelichkeit einer innerhalb einer Ehe geborenen oder gezeugten Person insbesondere auf zwei Rechtsvermutungen:

1. auf die Vermutung, daß zwischen den Putativeltern eine gültige Ehe besteht - Vermutung des Bestehens einer Ehe (presumption of marriage) und
2. auf die Vermutung, daß die betreffende Person vom Ehemann der Mutter (Putativvater) abstammt - Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes (presumption of paternity of husband, häufiger: presumption from birth in wedlock).

1) 7 Am.Jur., Bastards § 13 mit Nachweisen.

"The highest consideration of public policy supplies every reasonable presumption in favor of legitimacy": Byrd v Travelers Insurance Company 275 S.W.2d 861,863 (Texas C.o.Civil A. 1955); so auch Bowers v Bailey 21 N.W.2d 773,775 (Iowa S.C. 1946); In re Russel's Estate 110 S.E. 791 (South Carolina S.C. 1922); Dirion v Brewer 151 N.E. 818 (Ohio C.o.A. 1925); weitere Nachweise in 10 CJS, Bastards § 3a und Anno. 126 Am.St.Rep. 260,264

2) In re Gregoire's Estate 64 P.2d 1328,1330 (Oregon S.C. 1937); vgl. auch Bruner v Engeles 213 P. 307,309 (Oklahoma S.C. 1923); Locust v Caruthers 100 P. 520,523 (Oklahoma S.C. 1909)

§ 3 Die Vermutung des Bestehens einer Ehe

Ist die Ehelichkeit einer Person zweifelhaft, weil die Heirat der Eltern nicht sicher nachzuweisen ist, haben diese aber offensichtlich als Eheleute zusammengelebt bzw. leben sie noch als solche zusammen, so vermutet das englisch-amerikanische Recht, daß die Eltern irgendwann eine gültige Ehe - sei es auch nur eine de facto Ehe (common-law marriage) - geschlossen haben (presumption of marriage from cohabitation)¹⁾²⁾. Wird andererseits der formelle Abschluß einer Ehe

-
- 1) England: Sastry Velaider Aronegary v Sembecutty Vaigalie 6 A.C. 364 (Privy Council 1881); In re Shephard 1904 Ch. 456 (Chancery Division 1904); vgl. auch Doe dem. Fleming v Fleming 130 Eng.Rep. 769, 770 (Common Pleas 1827) und De Thoren v A.-G. 1 A.C. 686 (House of Lords 1876); weitere Nachweise bei Bromley S. 50 ff. und Halsbury Bd. 19 S. 812.

USA: "The presumption of marriage, from cohabitation apparently matrimonial, is one of the strongest presumptions known to the law. This is especially true in a case involving legitimacy. The law presumes morality, and not immorality; marriage, and not concubinage; legitimacy, and not bastardy": Judge Andrews in Hynes v McDermott 43 Am.Rep. 677, 681 (New York C.o.A. 1883); In re Byrnes' Estate 290 N.Y.S. 76 (New York, Surrogate's C. King's County 1936); In re McMurray's Estate 300 P. 72 (California District C.o.A. 1931); In re Russel's Estate 110 S.E. 791 (South Carolina S.C. 1922); In re Hartmann's Estate 107 P. 105 (California S.C. 1910); siehe auch Fußnote 2 S. 14

- 2) Diese Vermutung gilt allerdings nicht in Strafverfahren wegen Bigamie oder Ehebruchs. Dort wird sie aufgehoben durch die Vermutung der Unschuld des Angeklagten, vgl. mit Nachweisen Halsbury Bd. 15 S. 347. Ähnliche Einschränkungen bestehen auch bei Verfahren auf gerichtliche Trennung oder Scheidung, vgl. Eversley S. 6 mit Nachweis.

nachgewiesen, wird vermutet, daß er gültig erfolgte (presumption of formal validity of marriage) ¹⁾.

Diese Grundsätze gelten besonders "after a long lapse of time" ²⁾. Soweit es der Anerkennung der Ehelichkeit einer Person dienlich ist, genügt für die Vermutung eines Fortbestandes der ehelichen Verbindung der Eltern allein der Nachweis des erfolgten Eheschlusses ³⁾. Bei der Wiederheirat

1) England: Piers v Piers 9 Eng.Rep. 118 (House of Lords 1849); Russel v A.-G. 1949 Pr. 391 (Divorce Division 1949); weitere Nachweise bei Halsbury Bd. 19 S. 813.

USA: Succession of Gibson 173 S. 185 (Louisiana S.C. 1937); State ex rel. Bentley v Frenger 291 P. 1089 (Washington S.C. 1930); In re Byrnes' Estate 290 N.Y.S. 76,78 (New York, Surrogate's C. King's County 1936) und In re Tormey's Estate 256 P. 535 (Idaho S.C. 1927)

2) Vgl. Bruner v Engeles 213 P. 307,309 (Oklahoma S.C. 1923); In re Pickens' Estate 29 A. 875 (Pennsylvania S.C. 1894); Tyson v Raines 115 S. 803 (Louisiana S.C. 1928); Proctor v Lowe 148 A. 787 (New Jersey C.o.Errors and A. 1930); Johnson v Johnson's Administrator 77 Am.Dec. 598 (Missouri S.C. 1860)

3) Coler v McTighe 209 N.Y.S. 201 (New York S.C. 1925)

der Eltern wird demgegenüber zu Gunsten der Ehelichkeit vermutet, daß die erste Ehe gültig aufgelöst wurde, sei es durch Tod oder durch Scheidung^{1) 2)}. Wo die Ehelichkeit von Kindern aus Nicht-Ehen von dem guten Glauben der Eltern an die Gültigkeit der Ehe abhängt, wird der gute Glaube der Eltern vermutet³⁾.

Schließlich darf man besonders für die US-Gerichte eine generelle Vermutung dahingehend bejahen, daß Personen einer Ehe und nicht einem buhlerischen Zusammenleben der Eltern entstammen: "The

-
- 1) "The presumption of the legality of marriage should, in such a case, prevail against the presumption of life": Nixon v Wichita Land & Cattle Co. 19 S.W. 560,561 (Texas S.C. 1892); vgl. auch Barker v Barker 158 N.Y.S. 413 (New York S.C. 1916); Sam v Sam 45 P.2d 462 (Oklahoma S.C. 1935); In re Tormey's Estate 256 P. 535 (Idaho S.C. 1927) mit weiteren Nachweisen
 - 2) Die englischen Gerichte verlangen dabei allerdings besondere Voraussetzungen, vor allem Verstreichen einer längeren Zeit zwischen den beiden Heiraten und Nachforschungen des wieder-verheirateten Ehegatten, vgl. z.B. Chard v Chard 1956 Pr. 259,272 (Divorce Division 1955): "Where ... there is no acceptable affirmative evidence that he was alive at some time during a continuous period of seven years or more, then if it can be proved first, that there are persons who would be likely to have heard of him over that period, secondly, that those persons have not heard of him, and thirdly that all due inquiries have been made appropriate to the circumstances, ... (X) will be presumed to have died at some time within that period." Weitere Nachweise bei Bromley S. 52 f.
 - 3) 7 Am.Jur., Bastards § 13 mit Nachweisen

rule has been uniformly adhered to by the courts that every child is presumed to be legitimate, and in the absence of evidence to the contrary, no proof of marriage of the parents is necessary" ¹⁾. Der Beweis der Abstammung von bestimmten Eltern (filiation) genügt, um eine Vermutung für die Abstammung aus einer Ehe entstehen zu lassen ²⁾. "Semper praesumitur pro matrimonio" ³⁾, besonders wenn es letztlich um die Ehelichkeit einer Person geht ⁴⁾.

-
- 1) Justice Kennamer in Bruner v Engeles 213 P. 307, 309 (Oklahoma S.C. 1923); vgl. auch Orthwein v Thomas 21 N.E. 430 (Illinois S.C. 1889); Clover v Clover 247 S.W. 300 (Texas C.o.Civil A. 1923); Cox v Colbert 275 P. 317 (Oklahoma S.C. 1929); Johnson v Johnson's Administrator 77 Am.Dec. 598, 604 (Missouri S.C. 1860); Tyson v Raines 115 S. 803 (Louisiana S.C. 1928)
 - 2) "Proof of decent, that a named person is the child or grandchild of another, carries the presumption of legitimacy. The presumption of a common-law marriage, when filiation is shown, will be indulged, if need be, in favor of legitimacy": Reichert v Jerome J. Sheip, Inc. 102 S. 440, 442 (Alabama S. C. 1924); Gibson v Mason 121 S.E. 584 (Georgia C. o.A. 1924); Clover v Clover 247 S.W. 300 (Texas C. o.Civil A. 1923); In re Matthews' Estate 47 N.E. 901 (New York C.o.A. 1897); State v Williams 213 P. 921 (Washington S.C. 1923); weitere Nachweise in 7 Am.Jur., Bastards § 13
 - 3) Hilton v Roylance 69 P. 660, 663 (Utah S.C. 1902)
 - 4) Vgl. besonders auch In re Biersack 149 N.Y.S. 519 (New York, Surrogate's C. Kings County 1916)

§ 4 Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes

I. Inhalt der Vermutung

Daß ein Kind von einer bestimmten Frau als seiner Mutter abstammt, ist in der Regel leicht zu beweisen, da eine Geburt selten ohne Zeugen verläuft - Mater semper certa est -, abgesehen von Fällen der Unterschlebung und Ablehnung eines Kindes, in denen mit Vermutungen nichts auszurichten ist ¹⁾).

Wesentlich anders ist es jedoch bezüglich der Abstammung vom Vater. Die Tatsache der Beiwohnung durch einen bestimmten Mann beweist nur die Möglichkeit seiner Vaterschaft. Um diese bloße Möglichkeit zur Gewissheit zu erheben, wäre der Nachweis erforderlich, daß dieser Beiwohnungsakt für die Geburt des Kindes ursächlich gewesen war, ein Beweis, der bisher nur mittelbar im Wege der Ausschließung jeder anderen möglicherweise ursächlichen Beiwohnung erbracht werden kann. Zur Erleichterung dieses zwar nicht unmöglichen, jedoch sehr schweren Beweises der Vaterschaft stellt das englisch-amerikanische Recht die Vermutung auf, daß das in der Ehe geborene oder gezeugte Kind vom Ehemann abstammt. Genau gesehen vermutet es dabei, daß der Ehemann der Mutter beigezogen hat (sog. Beiwohnungsvermutung) und daß dieser Beischlaf ursächlich für die Geburt des betreffenden Kindes war (sog. Kausalitätsvermutung) ²⁾³⁾.

1) Vgl. Nachweis bei Bromley S. 88o Fußnote f.

2) Vgl. Bromley S. 283

3) Die Vermutung der ehelichen Treue der Ehefrau (Vermutung der Ausschließlichkeit des Geschlechtsverkehrs) bedarf daneben keiner besonderen Erwähnung, da sie zumindest teilweise mittelbar in der Kausalitätsvermutung enthalten ist und neben ihr keine Eigenbedeutung hat (der Beweis des Ehebruchs der Frau beseitigt die Ehelichkeitsvermutung nicht).

Diese Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes (im folgenden Vv. genannt) ist in England ganz sicher schon für das 13. Jahrhundert nachgewiesen ¹⁾. Sie ist in der Praxis im Zusammenhang mit der Frage der Ehelichkeit einer Person von weitaus größerer Bedeutung als die Vermutung des Bestehens einer Ehe der Eltern. Aus diesem Grunde wird die Vv. häufig als Ehelichkeitsvermutung schlechthin (presumption of legitimacy) bezeichnet.

Da die Geltendmachung der Unehelichkeit einer Person im Regelfall in der Widerlegung dieser Vv. besteht, sei auf ihren genauen Umfang im folgenden näher eingegangen.

II. Umfang der Vermutung

1. Bei Personen, die innerhalb einer Ehe gezeugt und geboren sind, gilt die Vv. im englisch-amerikanischen Rechtskreis uneingeschränkt ²⁾. Eine Ausnahme für den Fall offenen Zusammenlebens der Mutter mit einem anderen als ihrem Ehemann wird nicht

1) Vgl. Nachweis bei Bromley S. 283

2) England: Z.B. Banbury Peerage Case 57 Eng.Rep. 62 (High C.o.Chancery 1811)

USA: Statt vieler: California Civil Code § 193;
10 Oklahoma Statutes Annotated § 1;
Revised Code of Montana 1947, Sec. 61-101;
Oregon Revised Statutes 1953, Sec. 109.070 (2);
North Dakota Revised Code 1943, Sec. 14-0901;
Georgia Code Annotated, Sec. 74-101;
South Dakota Code 1939, Sec. 14.0301;
Louisiana Civil Code Art. 184;
oder auch Re Ruff 175 ALR 370, 375 (Florida S.C.1947)

gemacht ¹⁾, obwohl Bestrebungen in dieser Richtung zumindest in Louisiana zu bestehen scheinen ²⁾. Im übrigen ist hervorzuheben, daß die Vv. zunächst von der Art der Empfängnis unabhängig ist, sei diese auf normale oder künstliche Weise hervorgerufen ³⁾.

Die Vv. vermutet hier also ausschließlichen Geschlechtsverkehr und entspricht damit einer gewissen Wahrscheinlichkeit und Lebenserfahrung ⁴⁾. Ausserdem wirkt sie dabei zugleich als "a branch of that general rule of equity and justice which assumes the innocence of a person until there is proof of actual guilt" ⁵⁾, insoweit vermutet das Recht die Tugendhaftigkeit der Ehefrau "... morality, and not immorality; social integrity, and not social dishonor ..." ⁶⁾.

-
- 1) Wenn in Entscheidungen dem Wortlaut nach eine andere Auffassung vertreten zu werden scheint, dann ist das, was in Wahrheit ausgedrückt werden soll, m.E. lediglich die Überzeugung, daß in solchen Fällen die Vv. widerlegt und nur daher nicht mehr vorhanden ist. Vgl. z.B. In re Findlay 170 N.E. 471 (New York C.o.A. 1930)
 - 2) Vgl. in Anlehnung an französische Gedankengänge Brouillette in 14 Louisiana Law Review 401 ff. und Bd. 18 S. 685 ff.
 - 3) Vgl. Nachweis bei Giesen S. 126, 148
 - 4) So z.B. Diktum in Watkins v Prudential Ins. Co. 95 ALR 869, 874 (Pennsylvania S.C. 1934); auch 30 Columbia Law Review 734, 735
 - 5) In re Matthews' Estate 47 N.E. 901, 903 (New York C.o.A. 1897)
 - 6) In re Matthews' Estate 47 N.E. 901, 903 (New York C.o.A. 1897); vgl. auch Hynes v McDermott 43 Am. Rep. 677, 681 (New York C.o.A. 1883) und Richter v Richter 245 P. 321, 324 (Oregon S.C. 1926): "The law strongly presumes chastity and virtue, and not lust and concubinage."

Sehr wesentlich aber sind für die Vv. Gründe der Rechtssicherheit ¹⁾, der Moral und der Rechtspolitik. Das wird besonders offensichtlich, wenn die Vv. die Ursächlichkeit der Beibehaltung des Ehemannes vermutet, obwohl Ehebruch der Frau nachgewiesen ist ²⁾. Unter solchen Umständen können Erwägungen der Lebenserfahrung für die Vv. keine Rolle spielen. Die Vv. soll im Letzten die Bastardisierung von Personen vermeiden ³⁾, und zwar besonders zum Schutze der Familieneinheit und des Familienfriedens ⁴⁾ und zum Schutze der öffentlichen Moral und damit der Gesellschaft überhaupt. Es erscheint als ein Charakteristikum des englisch-amerikanischen Rechts, daß häufig betont wird, eine starke Vv. würde "encourage decency and morality and right living"⁵⁾ und diene weitgehend der "protection of society"⁶⁾. In starkem Maße sollen aber auch diejenigen geschützt werden, "who are attempted to be bastar-

-
- 1) "Any other rule would be fraught with danger, and produce immeasurable uncertainty":
In re Matthews' Estate ibid.
 - 2) Siehe Fußnote 1 S. 37
 - 3) In re McNamara's Estate 7 ALR 313,323 (California S.C. 1919)
 - 4) Cross v Cross 23 Am.Dec. 778,780 (New York C.o. Chancery 1832); Craven v Selway 246 N.W. 821, 823 (Iowa S.C. 1933); In re McNamara's Estate 7 ALR 313,323 (California S.C. 1919);
"Every child born in lawful wedlock is presumed to be legitimate - a rule founded upon decency, morality, and public policy, sacredness and peace and harmony of the family relationship": Bowers v Bailey 21 N.W.2d 773,775 (Iowa S.C. 1946)
 - 5) Locust v Caruthers 100 P. 520,522 f. (Oklahoma S.C. 1909); Bruner v Engeles 213 P. 307,309 (Oklahoma S.C. 1923); vgl. auch Eversley S. 317
 - 6) State v Coliton 156 ALR 1403,1407 (North Dakota S.C. 1945)

gemacht ¹⁾, obwohl Bestrebungen in dieser Richtung zumindest in Louisiana zu bestehen scheinen ²⁾. Im übrigen ist hervorzuheben, daß die Vv. zunächst von der Art der Empfängnis unabhängig ist, sei diese auf normale oder künstliche Weise hervorgerufen ³⁾.

Die Vv. vermutet hier also ausschließlichen Geschlechtsverkehr und entspricht damit einer gewissen Wahrscheinlichkeit und Lebenserfahrung ⁴⁾. Ausserdem wirkt sie dabei zugleich als "a branch of that general rule of equity and justice which assumes the innocence of a person until there is proof of actual guilt" ⁵⁾, insoweit vermutet das Recht die Tugendhaftigkeit der Ehefrau "... morality, and not immorality; social integrity, and not social dishonor ..." ⁶⁾.

-
- 1) Wenn in Entscheidungen dem Wortlaut nach eine andere Auffassung vertreten zu werden scheint, dann ist das, was in Wahrheit ausgedrückt werden soll, m.E. lediglich die Überzeugung, daß in solchen Fällen die Vv. widerlegt und nur daher nicht mehr vorhanden ist. Vgl. z.B. In re Findlay 170 N.E. 471 (New York C.o.A. 1930)
 - 2) Vgl. in Anlehnung an französische Gedankengänge Brouillette in 14 Louisiana Law Review 401 ff. und Bd. 18 S. 685 ff.
 - 3) Vgl. Nachweis bei Giesen S. 126, 148
 - 4) So z.B. Diktum in Watkins v Prudential Ins. Co. 95 ALR 869, 874 (Pennsylvania S.C. 1934); auch 30 Columbia Law Review 734, 735
 - 5) In re Matthews' Estate 47 N.E. 901, 903 (New York C.o.A. 1897)
 - 6) In re Matthews' Estate 47 N.E. 901, 903 (New York C.o.A. 1897); vgl. auch Hynes v McDermott 43 Am. Rep. 677, 681 (New York C.o.A. 1883) und Richter v Richter 245 P. 321, 324 (Oregon S.C. 1926): "The law strongly presumes chastity and virtue, and not lust and concubinage."

Sehr wesentlich aber sind für die Vv. Gründe der Rechtssicherheit ¹⁾, der Moral und der Rechtspolitik. Das wird besonders offensichtlich, wenn die Vv. die Ursächlichkeit der Beibehaltung des Ehemannes vermutet, obwohl Ehebruch der Frau nachgewiesen ist ²⁾. Unter solchen Umständen können Erwägungen der Lebenserfahrung für die Vv. keine Rolle spielen. Die Vv. soll im Letzten die Bastardisierung von Personen vermeiden ³⁾, und zwar besonders zum Schutze der Familieneinheit und des Familienfriedens ⁴⁾ und zum Schutze der öffentlichen Moral und damit der Gesellschaft überhaupt. Es erscheint als ein Charakteristikum des englisch-amerikanischen Rechts, daß häufig betont wird, eine starke Vv. würde "encourage decency and morality and right living" ⁵⁾ und diene weitgehend der "protection of society" ⁶⁾. In starkem Maße sollen aber auch diejenigen geschützt werden, "who are attempted to be bastar-

-
- 1) "Any other rule would be fraught with danger, and produce immeasurable uncertainty":
In re Matthews' Estate *ibid.*
 - 2) Siehe Fußnote 1 S. 37
 - 3) In re McNamara's Estate 7 ALR 313,323 (California S.C. 1919)
 - 4) Cross v Cross 23 Am.Dec. 778,780 (New York C.o. Chancery 1832); Craven v Selway 246 N.W. 821, 823 (Iowa S.C. 1933); In re McNamara's Estate 7 ALR 313,323 (California S.C. 1919);
"Every child born in lawful wedlock is presumed to be legitimate - a rule founded upon decency, morality, and public policy, sacredness and peace and harmony of the family relationship": Bowers v Bailey 21 N.W.2d 773,775 (Iowa S.C. 1946)
 - 5) Locust v Caruthers 100 P. 520,522 f. (Oklahoma S.C. 1909); Bruner v Engeles 213 P. 307,309 (Oklahoma S.C. 1923); vgl. auch Eversley S. 317
 - 6) State v Coliton 156 ALR 1403,1407 (North Dakota S.C. 1945)

dized without any fault on their part" ¹⁾. Das Kind soll vor dem Stigma der Unehelichkeit bewahrt ²⁾, und es sollen sein Unterhalt ³⁾ und vor allem auch Erbrechte gesichert werden ⁴⁾. Andernfalls befürchtet man, daß "Property rights would be rendered doubtful, and the fair name of their ancestors might be destroyed, by the cupidity of remote heirs and next of kin. There might be others who would be willing to dishonor their ancestors and bastardize their relatives to increase their patrimony" ⁵⁾.

Es liegt in der Entwicklung unserer Zeit, daß gegenüber der stärkeren Betonung des Gemeinschafts- und des Eigentumsschutzes, der "sanctity" der Ehe und der "virtue" der Ehefrau in früheren Zeiten heute neben dem Schutze des betroffenen Kindes besonders auch die berechtigten Interessen des Scheinvaters vermehrt beachtet werden ⁶⁾.

-
- 1) Cross v Cross 23 Am.Dec. 778,780 (New York C.o. Chancery 1832); In re Matthews' Estate 47 N.E. 901 (New York C.o.A. 1897)
 - 2) Vgl. Craven v Selway 246 N.W. 821,823 (Iowa S.C. 1933) und 7 Stanford Law Review 388,390
 - 3) Es gab im frühen common law kein Mittel, den Vater zur Leistung von Unterhalt an sein uneheliches Kind zu zwingen. Vgl. weiter Fußnote 2 S. 30
 - 4) Craven v Selway 246 N.W. 821 (Iowa S.C. 1933); vgl. auch Fußnote 1 S. 30
 - 5) In re Matthews' Estate 47 N.E. 901,903 (New York C.o.A. 1897)
 - 6) Vgl. 30 Columbia Law Review 734 f.; 7 Stanford Law Review 388,390 mit Nachweisen; auch Moore v Smith 172 S. 317 (Mississippi S.C. 1937) und Arthur v Arthur 77 S.2d 477,481 (Alabama S.C. 1955): "We are equally cognizant of the injustice in requiring one man to support another man's child until maturity."

2. Die Vv. gilt auch für Personen, die vor der Ehe ihrer Eltern gezeugt, dann aber innerhalb der Ehe geboren sind. Dies ist "an axiom of law so well established that to cite authorities in support of it would be mere waste of time" ¹⁾. Einige Staaten sehen die Vv. in Fällen vorehelicher Zeugung für schwächer als bei einer Zeugung innerhalb der Ehe an ²⁾. Damit wird aber die Vv. dem Grundsatz nach auch von ihnen bejaht. Ihre Einschränkungen wirken sich lediglich bei der Widerlegung der Vv. aus ³⁾.

Konsequenterweise spielt es keine Rolle, ob das Kind wenige Tage nach der Hochzeit der Eltern geboren wurde ⁴⁾ oder erst längere Zeit später ⁵⁾.

1) Miller v Anderson 54 Am.Rep. 823,825 (Ohio S.C. 1885) zitierend aus einer älteren Entscheidung; vgl. ansonsten: In re Lentz 283 N.Y.S. 749 (New York S.C. Appellate Division 1955); Bowles v Bingham 5 Am.Dec. 497 (Virginia S.C.o.A. 1811); In re Lee's Estate 253 P. 145 (California S.C. 1927); Eldridge v Eldridge 16 S.2d 163, 164 (Florida S.C. 1944); Jacobs v Jacobs 225 S.W.22 (Arkansas S.C. 1920); McCulloch v McCulloch 5 Am.St.Rep. 96 (Texas S.C. 1888); Anno. 57 ALR 2d 729,733 mit vielen Nachweisen.

England: Gardner v Gardner 2 A.C. 723,729 (House of Lords 1877); King v Luffe 103 Eng.Rep. 316 (King's Bench 1807); Poulett Peerage Case 1903 A.C. 395 (House of Lords 1903)

2) Vgl. Beispiele in Fußnoten 2 und 3 S. 43

3) Siehe im folgenden Abschnitt 2

4) Vgl. In re Osborne's Estate 168 N.W. 288 (Iowa S.C. 1918): "few days"; Bernheimer v First National Bank 225 S.W.2d 745 (Missouri S.C. 1949): vier Tage nach der Heirat

5) Vgl. Nachweise bei Anno. 57 ALR 2d 729,737 ff.

Die Vv. beruht auch in diesen Fällen auf einer gewissen Wahrscheinlichkeit der Vaterschaft des Ehemannes ¹⁾. Das gilt vor allem, wenn er von der Schwangerschaft seiner Frau im Zeitpunkt der Heirat wußte ²⁾. Zumindest liegt dann in der Heirat eine Art Anerkennung der Vaterschaft ³⁾. Für den Fall, daß der Ehemann bei Abschluß der Ehe nichts von der Schwangerschaft seiner Frau wußte, steht die Vv. auf schwächeren Füßen, denn dann sind für ein mögliches unkorrektes voreheliches Verhalten des Mannes keine Anhaltspunkte gegeben und "There is certainly no presumption that the parties have misconducted themselves before marriage" ⁴⁾. Wenn trotzdem an der Vv. festgehalten wird ⁵⁾, so zeigt sich deutlich, wie sehr sie letztlich auf Gründen der Rechtspolitik und Moral beruht ⁶⁾.

Die einzige Ausnahme zu dieser Regelung bildet Louisiana. Die Vv. gilt dort nicht für Kinder, die vor dem 180sten Tage nach Eheschluß geboren

1) Vgl. Dennison v Page 72 Am.Dec. 644 (Pennsylvania S.C. 1857)

2) Ervin v Bass 160 S. 568 (Mississippi S.C. 1935)

3) King v Luffe 103 Eng.Rep.316 (King's Bench 1807); weiterer Nachweis in Anno. 57 ALR 2d 729,736; vgl. auch State v Shoemaker 49 Am.Rep. 146 (Iowa S. C. 1883)

4) Zitat in Clark v State 57 ALR 2d 718,724 (Maryland C.o.A. 1955)

5) Über Bedenken, in diesen Fällen überhaupt eine Vv. entstehen zu lassen, vgl. in Clark v State 57 ALR 2d 718,724 f. (Maryland C.o.A. 1955)

6) Vgl. Jacobs v Jacobs 225 S.W. 22,23 (Arkansas S.C. 1920)

wurden ¹⁾. Daraus zieht jedoch das Recht zunächst keine Folgerungen, so daß diese Kinder als ehelich gelten, bis ihre Ehelichkeit angefochten wird ²⁾.

3. Die Vv. erstreckt sich unvermindert auf Personen, die während der freiwilligen Trennung (voluntary separation, agreed separation) ihrer Eltern gezeugt oder geboren worden sind; denn die Vermutung, daß die Eheleute geschlechtlich verkehren, bleibt für diese Fälle bestehen ³⁾.
4. Sind die Eltern durch den Spruch eines Gerichts oder einer Behörde getrennt (separation from bed and board, judicial separation, limited divorce) worden, wird vermutet, daß sie nach dem Spruch

-
- 1) Art. 186 Civil Code: "The child capable of living, which is born before the one hundred and eightieth day after the marriage, is not presumed to be the child of the husband; every child born alive more than six months after conception, is presumed to be capable of living." Nach dieser Zeit gilt natürlich die Vv.: Re Barth 91 ALR 408 (Louisiana S.C. 1934)
 - 2) Art. 179 Louisiana Civil Code; vgl. auch Guillory in 5 Tulane Law Review 449,456
 - 3) England: Inter the Parishes of St.George and St. Margaret, Westminster 91 Eng.Rep. 115 (King's Bench 1705); Ettenfield v Ettenfield 1940 Pr. 96 (C.o.A. 1940); In re Bromage 1935 Ch. 605 (Chancery Division 1935).
USA: Louisiana Civil Code Art. 188 Satz 2: "But in case of voluntary separation, cohabitation is always presumed, unless the contrary be proved"; Harris v Seabury 164 N.E. 121 (Ohio C.o.A. 1928); Commonwealth ex rel. Iacovella v Iacovella 182 A. 727 (Pennsylvania Superior C. 1936); Cross v Cross 23 Am.Dec. 778 (New York C.o.Chancery 1832); Warren v State 158 S. 770 (Alabama C.o.A. 1935)

nicht mehr miteinander geschlechtlich verkehren bzw. verkehrt haben: "we will intend a due obedience to the sentence" ¹⁾. Soweit also die Kinder noch vor der Trennung gezeugt sind, werden sie als vom Ehemann der Mutter abstammend, soweit sie nach der Trennung gezeugt sind, als nicht vom Scheinvater abstammend vermutet ²⁾.

Entscheidend ist in diesen Fällen also der Zeitpunkt der Empfängnis. Die englischen Gerichte gingen früher sehr weit in der Beurteilung der möglichen Empfängniszeit. So wurde zur Zeit Eduard II ein Kind der Countess von Gloucester für ehelich gehalten, das ein Jahr und sieben Monate nach dem Tode des Herzogs geboren war. Während der Regierungszeit Heinrich VI wurde erklärt, daß eine Witwe einem Kind sieben Jahre nach dem Tode ihres Mannes das Leben schenken könne, ohne ihrem guten Ruf Schaden zuzufügen ³⁾.

Diese extreme Haltung der Gerichte ist nur zu verstehen aus ihrem Widerwillen gegenüber einer Bastardisierung überhaupt. Es ging um den Schutz des Kindes und

1) Inter the Parishes of St. George and St. Margaret, Westminster 91 Eng.Rep. 115,116 (King's Bench 1705); vgl. auch Louisiana Civil Code Art. 188 Satz 1

2) Vgl. USA: California Code of Civil Procedure § 1963 Nr. 31 (Umkehrschluß); Oregon Revised Statutes 1953, Sec. 109.070(2) (Umkehrschluß); Georgia Code Annotated, Sec. 74-101 Satz 3; Cross v Cross 23 Am.Dec. 778 (New York C.o.Chancery 1832); Louisiana Civil Code Art. 187; Vernier Bd. 4 S. 152.

England: Hetherington v Hetherington 12 P.D. 112 (Divorce Division 1887); Andrews v Andrews and Chalmers 1924 Pr. 255 (Divorce Division 1924); Ettenfield v Ettenfield 1940 Pr. 96 (C.o.A. 1940)

3) Vgl. in Dickinson's Appeal 19 Am.Rep. 553 (Connecticut S.C.o.Errors 1875) und Anno. 7 ALR 329,330

sicher auch um den Schutz der Erbrechte des Adels ¹⁾ und nicht so sehr um naturwissenschaftliche Genauigkeit.

Heute ist man nicht mehr so großzügig. So sind durch Gesetze in einigen amerikanischen Staaten als äußerste Spanne für die Dauer der Schwangerschaft 300 Tage ²⁾ bzw. 10 Monate ³⁾ ⁴⁾ angegeben oder bestimmt, dass von der "usual period of gestation" auszugehen sei ⁵⁾ ⁶⁾. Im übrigen besteht allerdings

-
- 1) Vgl. 16 Rutgers Law Review 767 Fußnote 6: "The unyielding strictness was motivated by a policy to protect the nobles from the perils of disinheritance."
Vgl. auch die Bemerkung in Wright v Hicks 56 Am. Dec. 451,453 (Georgia S.C. 1852): "... wether, as has been supposed, from motives of policy, to protect the fruits of the profligacy of kings and nobles from the perils of disinheritance, I will not undertake to affirm."
 - 2) Louisiana Civil Code Art. 187
 - 3) California Civil Code § 194; 10 Oklahoma Statutes Annotated § 2; Revised Codes of Montana Annotated 1947, Sec. 61-102; North Dakota Revised Code 1943, Sec. 14-0902
 - 4) Unter Monat ist ein Zeitraum von 30 Tagen zu verstehen: In re McNamara's Estate 7 ALR 313,320 f. (California S.C. 1919)
 - 5) Georgia Code Annotated, Sec. 74-101 Satz 1:
"All children born in wedlock, or within the usual period of gestation thereafter, are legitimate."
 - 6) Als normale Schwangerschaftszeit werden gewöhnlich 270-280 Tage angesehen: Vgl. Preston-Jones v Preston-Jones 1951 A.C. 391 (House of Lords 1950); Bosville v A.-G. 12 P.D. 177 (Divisional C. 1887): 270-275 Tage; Burnaby v Baillie 1889 Ch.D. 282, 296 (Chancery Division 1889); von 273/274 bis 279/280 Tagen; Bowers v Bailey 21 N.W.2d 773,775 (Iowa S.C. 1946): 275-280 Tage.
Nicht mehr normal sind 304 Tage: In re McNamara's Estate 7 ALR 313,322 (California S.C. 1919); ebenso (305 Tage) Commonwealth v Kitchen 11 N.E. 2d 482 (Massachusetts S. Judicial C. 1937)

in England und den meisten US-Staaten auch heute noch keine gesetzlich fixierte Empfängniszeit. Es wird auf den Einzelfall abgestellt, und die Gerichte neigen dazu, jede - auch eine der Geburt ungewöhnlich naheliegende oder weit zurückliegende - Empfängniszeit anzuerkennen, wenn diese nicht im speziellen Fall als biologisch unmöglich ausscheidet und dieses Vorgehen die Ehelichkeit einer Person stützt. Solange die Empfängnis noch in der Ehe gelegen haben kann, wird die Ehelichkeit vermutet ¹⁾. Von einer normalen Empfängniszeit wird also nicht unbedingt ausgegangen ²⁾. So wurden Schwangerschaften von 174 ³⁾, 289 ⁴⁾, 308 ⁵⁾ 331 ⁶⁾ und 349 ⁷⁾ Tagen nicht als unmöglich angesehen und die Ehelichkeit der betreffenden Personen aufrechterhalten. Jedoch spielt der Reifegrad, den das Kind im Augenblick der Geburt hatte, unter Umständen eine Rolle. So schie-

-
- 1) Vgl. auch Guttman in 5 International and Comparative Law Quarterly 217, 218
 - 2) Allerdings wirkt sich eine überlange Zeit der Schwangerschaft doch bei der Widerlegung der Ehelichkeitsvermutung aus: "It would seem, however, that the longer the period deviates from the normal, the more easily will the presumption be rebutted"; Bromley S. 282. So wurde mit Rücksicht auf die ungewöhnlich lange Zeitspanne ein Kind für unehelich erklärt, dessen Mutter innerhalb 305 Tagen vor der Geburt des Kindes nicht mit ihrem Ehemann wohl aber mit einem Dritten geschlechtlich verkehrt hatte: Commonwealth v Kitchen 11 N.E.2d 482 (Massachusetts S. Judicial C. 1937)
 - 3) Clark v Clark 1939 Pr. 228 (England, Divorce Division 1939)
 - 4) Alsop v Bowtrell 79 Eng.Rep. 464 (England, King's Bench 1619)
 - 5) Stephens v State 57 S.E.2d 493, 496 (Georgia C.o.A. 1950)
 - 6) Gaskill v Gaskill 1921 Pr. 425, 434 (England, Divorce Division 1921)
 - 7) Hadlum v Hadlum 1949 Pr. 197 (England, C.o.A. 1948)

den mit Rücksicht auf den Reifegrad Schwangerschaften von 188 ¹⁾ bzw. 340 ²⁾ Tagen als unmöglich aus.

5. Nach Auflösung der Ehe, sei es durch Tod oder Scheidung, gilt dasselbe wie bei einer Trennung durch richterlichen oder behördlichen Spruch. Die Vv. erstreckt sich nur auf Personen, die noch vor Beendigung der Ehe ihrer Eltern gezeugt worden sind ³⁾⁴⁾. Erwiesener Ehebruch der Frau schränkt diese Vermutung nicht ein ⁵⁾.

-
- 1) In re S.B. (An Infant), B. v B. 1949 Ch. 108 (England, Chancery Division 1948): Ein Ehemann hatte Geschlechtsverkehr mit der Mutter nicht eher als 188 Tage vor Geburt des Kindes, dessen volle Entwicklung im Zeitpunkt der Geburt nachgewiesen wurde. Das Kind wurde daher vom Gericht als unehelich angesehen.
- 2) M-T v M-T and Official Solicitor 1949 Pr. 331 (Probate Division 1948)
- 3) USA: Cross v Cross 23 Am.Dec. 778 (New York C.o.Chancery 1832); Mayer v Davis 103 N.Y.S. 943 (New York S.C. Appellate Division 1907); Drennan v Douglas 40 Am.Rep. 595 (Illinois S.C. 1882); In re Strachen's Estate 204 P.2d 703 (Kansas S.C. 1949); Sergeant v North Cumberland MFG. Co. 66 S.W. 1036 (Kentucky C.o.A. 1902); Boyers v Boyers 140 S.W.2d 646 (Kentucky C.o.A. 1940); California Civil Code § 194: "All children of a woman who has been married, born within ten months after the dissolution of the marriage, are presumed to be legitimate children of that marriage." Ebenso: 10 Oklahoma Statutes Annotated § 2; Revised Codes of Montana 1947, Sec. 61-102.
- England: Vgl. In re Heath 1945 Ch. 417 (Chancery Division 1945): Kind war 8 Monate nach Tod des Ehemannes geboren. Trotz des Diktums von Justice Luxmore in Re Bromage 1935 Ch. 605, 609 (Chancery Division 1935) - "The presumption does not arise where the child is born after a decree of divorce, because in such case the marriage is no longer subsisting when the birth takes place"-wird genannter Grundsatz wohl auch bei endgültigem Scheidungsurteil gelten, vgl. Bromley S. 282 mit Nachweis und Halsbury Bd 3 S. 87.
- 4) Zur vermutlichen Empfängniszeit siehe S. 23 ff.
- 5) Milone v Milone 290 N.Y.S. 863 (New York Domestic Relations C. 1936); Vanover v Steele 190 S.W. 667 (Kentucky C.o.A. 1917)

Ist der Mann verschollen - eine Todeserklärung ist weitgehend unbekannt bzw. ungebräuchlich - so besteht formell die Ehe noch weiter und damit theoretisch auch die Vv., die jedoch leicht zu widerlegen sein wird.

6. Schließlich sei noch auf die Fälle hingewiesen, in denen eine Frau zweimal heiratet, und zwar so kurze Zeit hintereinander, daß ein Kind, das während der zweiten Ehe geboren wird, noch innerhalb der ersten Ehe empfangen sein muß (turbatio sanguinis). Hier entsteht zwar kein Problem der Ehelichkeit - das Kind ist in jedem Fall ehelich - aber u.U. ein Problem der Vaterschaft, das in Ehelichkeitsverfahren eine Rolle spielen kann, weshalb es kurz dargestellt werden soll.

Bezüglich der Vaterschaft kollidieren hier zwei Vermutungen:

- a) Die Tatsache, daß der zweite Ehemann die Mutter trotz ihrer Schwangerschaft geheiratet hat und das Kind während der zweiten Ehe geboren ist, spricht für die Vaterschaft des zweiten Ehemannes. Dazu kommt noch die Vermutung der Richtigkeit eines "birth certificate", wenn darin der zweite Ehemann als Vater eingetragen ist ¹⁾.
- b) Zum anderen spricht die Tatsache, daß die Mutter zu der Zeit, in der sie empfangen haben muß, mit dem ersten Ehemann zusammenlebte, für Geschlechtsverkehr mit ihm und daher für seine Vaterschaft. Außerdem wird die eheliche Treue einer Frau zu ihrem Gatten vermutet ²⁾.

1) Vgl. In re Overbury 1955 Ch. 122 (Chancery Division 1954)

2) Vgl. Guttman in 5 International and Comparative Law Quarterly 217, 224 mit Nachweis

In englischen Entscheidungen wurde bisher der zweiten Vermutung der Vorrang gegeben ¹⁾. In den USA sind die Auffassungen geteilt, die wohl überwiegender Meinung läßt im Zweifel die Vermutung zugunsten des zweiten Ehemannes überwiegen ^{2) 3)}.

-
- 1) In re Overbury 1955 Ch. 122 (Chancery Division 1954); weitere Nachweise bei Guttman in 5 International and Comparative Law Quarterly 217,225
 - 2) Zachmann v Zachmann 66 N.E. 256 (Illinois S.C. 1903); Dazey v Dazey 122 P.2d 308 (California District C.o.A. 1942); Strom v Strom 75 N.W.2d 750 (North Dakota S.C. 1956); Bower v Graham 225 S.W. 978 (Missouri S.C. 1920).
Besondere Ausführungen in Vulagamore v Unknown Heirs of Vulagamore (Ohio 1916) zitiert in Anno. 57 ALR 2d 729,779 f.
 - 3) Anderer Auffassung sind z.B.: Darrow v Geisen 200 N.E. 711 (Indiana C.o.A. 1936); King v Peninsular Portland Cement Co. 185 N.W. 858 (Michigan S.C. 1921); vgl. auch bzgl. Louisiana Brouillette in 13 Louisiana Law Review 587,594

2. Abschnitt

Entkräftung der Grundlagen des ehelichen Familienstandes - Geltendmachung der Unehelichkeit

Die Geltendmachung der Unehelichkeit einer innerhalb einer Ehe geborenen oder gezeugten Person hat zum Inhalt:

die Widerlegung der Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes oder bzw. und

die Widerlegung der Vermutung des Bestehens einer gültigen Ehe.

§ 5 Widerlegung der Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes

I. Widerlegbarkeit der Vermutung

Die Vv. war wohl im frühen common law unwiderleglich ¹⁾, also eine praesumptio juris et de jure ²⁾. "This was in accord with the strict notions of the common lawyers, and was probably based upon regard for property rights, a bastard being incapable of inheriting or of

1) Vgl. 33 Harvard Law Review 306 mit Nachweisen; auch In re Jones 128 ALR 704, 706 (Vermont S.C. 1939)

2) Genau genommen lag also keine echte Vermutung vor, sondern mehr eine Regel des materiellen Rechts, die bestimmte, was Legitimität darstellte; vgl. In re Jones 128 ALR 704, 707 (Vermont S.C. 1939) mit Nachweis; Farnsworth v Hazelett 38 ALR 814, 817 (Iowa S.C. 1924); Kowalski v Wojtkowski 53 ALR 2d 556, 565 (New Jersey S.C. 1955)

having any heirs except those of his own body" 1) 2). Die Bastardisierung einer innerhalb einer Ehe gezeugten oder geborenen Person sollte es aus Gründen der Moral und Rechtspolitik einfach nicht geben.

Mit dem Vordringen wissenschaftlicheren Denkens und der Ideen des Individualismus unter stärkerer Anerkennung der Persönlichkeitsrechte wurde diese starre Haltung langsam aufgegeben.

Dies geschah allerdings nur schrittweise. Als einzigen Beweis gegen die Vv. ließ man zunächst nur den Beweis zu, daß sich der Ehemann der Mutter während der Empfängniszeit und bis zur Geburt des Kindes außerhalb der Jurisdiktion des englischen Königs befand (extra quatuor maria-Regel) oder impotent (z.B. in noch nicht zeugungsfähigem Alter) war 3).

In *Inter the Parishes of St. Andrew and St. Brides* 4) und dem leading case *Pendrell v Pendrell* 5) wurde von dieser starren Regel abgegangen und der Beweis der

1) 33 Harvard Law Review 306; vgl. auch Fußnote 1 S. 24

2) Zusammenfassend über die Schlechterstellung eines Bastards im frühen common law z.B. *Dickinson's Appeal* 19 Am.Rep. 553, 554 f. (Connecticut S.C.o. Errors 1875); *Doughty v Engler* 211 P. 616 (Kansas S. C. 1923) und *Murrell v Industrial Commission* 126 N.E. 189 (Illinois S.C. 1920): "At common law a child born out of wedlock was nobody's child. He was without parents or kindred, without name, without heritable blood and without any rights."

3) *King v Albertson* 91 Eng.Rep. 416 (King's Bench); *King v Abbert Albertson* 91 Eng.Rep. 1163 (King's Bench); die letzte Entscheidung dieser Art wurde 1704 in *Queen v Murrey* 91 Eng.Rep. 115 (King's Bench) gefällt; vgl. auch Coke Upon Littleton zitiert in *Arthur v Arthur* 77 S.2d 477, 479 (Alabama S.C. 1955)

4) 93 Eng.Rep. 378 (King's Bench 1717)

5) 93 Eng.Rep. 945 (King's Bench 1732) durch Chief Justice Raymond

Nichtvaterschaft zugelassen, obwohl die Eheleute sich zur Zeit der Empfängnis beide in England aufgehalten hatten. Die extra quatuor maria-Regel wurde bald als "unreasonable" ¹⁾ und begründet in "absolute nonsense" ²⁾ bezeichnet.

Ausgehend von den "ordinary rules of reason and probability" ³⁾ und den schutzwürdigen Interessen des Scheinvaters und seiner und der Mutter Abkömmlinge ⁴⁾ ist heute im englisch-amerikanischen Recht die weitgehende Widerlegbarkeit der Vv. ausnahmslos anerkannt ⁵⁾. Die Vv. ist eine praesumptio juris geworden und die Frage nach der Ehelichkeit mehr eine "question of fact" ⁶⁾, wenn auch heute noch die Widerlegung der Vv. teilweise sehr erschwert ist.

Die folgenden Abschnitte mögen über die genauen Anforderungen an den Gegenbeweis Auskunft geben.

-
- 1) Commonwealth v Shepherd 6 Am.Dec. 449,450 (Pennsylvania S.C. 1814)
 - 2) King v Luffe 103 Eng.Rep. 316,322 (King's Bench 1807)
 - 3) Vgl. Burnaby v Baillie 42 Ch.D. 282 (Chancery Division 1889)
 - 4) Vgl. State v Coliton 156 ALR 1403,1407 (North Dakota S.C. 1945)
 - 5) An Stelle vieler: Kowalski v Wojtkowski 53 ALR 2d 556,570 (New Jersey S.C. 1955) mit zahlreichen Nachweisen;
England: Russel v Russel 1924 A.C. 687,705 (House of Lords 1924)
 - 6) Vgl. z.B. Poulett Peerage 1903 A.C. 395,398 (House of Lords 1903) Ausführungen des Earl of Halsbury;
Bullock v Knox 11 S. 339,340 (Alabama S.C. 1892)
Jacobs v Jacobs 225 S.W. 22,23 (Arkansas S.C. 1920)

II. Anforderungen an den Gegenstand des Gegenbeweises (kind, character of evidence)

Die Widerlegung der Vv. besteht darin, den Ehemann der Mutter als Erzeuger der betreffenden Person auszuschließen. Dieses kann allgemein geschehen, indem zumindest eine der beiden selbständigen Einzelvermutungen, aus denen sich die Vv. hauptsächlich zusammensetzt, entkräftet wird, nämlich die Beiwohnungs- und Kausalitätsvermutung ¹⁾.

Über die Frage, wann diese Vermutungen als widerlegt gelten sollen, können diese selbst keine Antwort geben ²⁾. Die Antwort hängt letztlich von der Einstellung zur Bastardisierung ab und davon, inwieweit der Stand der Wissenschaft eine exakte Vaterschaftsbestimmung zuläßt. Es ist daher nicht verwunderlich, wenn die Anforderungen an den Beweis zur Entkräftung der Vv. im englisch-amerikanischen Rechtskreis nicht einheitlich sind.

1) Siehe bzgl. der Begriffe S. 15

2) Der Gegenbeweis wird nach moderner englisch-amerikanischer Auffassung durch einen selbständigen materiellen Rechtssatz festgelegt, "... under the modern rule we have present both the presumption and the rule of substantiv law which accompanies it, setting the standard as to how the presumption may be rebutted": Re Jones 128 ALR 704, 710 (Vermont S. C. 1939) mit weiteren Nachweisen; vgl. auch Saunders v Fredette 151 A. 820, 821 (New Hampshire S.C. 1930); Bridge in 12 Modern Law Review 273, 284 mit Nachweis und den Prozeßrechtler Thayer zitiert in Anno. 95 ALR 878, 893: "A mere presumption involves no rule as to the weight of evidence necessary to meet it. When a presumption is called a strong one, like the presumption of legitimacy, it means that it is accompanied by another rule relating to the weight of evidence to be brought in by him against whom it operates."

Es lassen sich folgende Meinungen erkennen:

1. Geht es um die Ehehlichkeit einer Person, die innerhalb einer Ehe gezeugt worden ist, besteht eine unterschiedliche Judikatur in dreifacher Richtung:
- a. Eine kleine Gruppe amerikanischer Gerichte verlangt zur Widerlegung der Vv. den Beweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft des Ehemannes der Mutter ¹⁾.

Dieser Beweis muß fast ausschließlich durch den Beweis der physischen (nicht nur der psychischen²⁾) Unmöglichkeit eines Beischlafs (impossibility of access) geführt werden ³⁾, also vornehmlich, indem

-
- 1) Powell v State 95 N.E. 660 (Ohio S.C. 1911); Hill v Johnson 226 P.2d 655 (California S.C. 1951); In re McDermott's Estate 249 N.W. 555 (Nebraska S.C. 1933); Jacobs v Jacobs 225 S.W. 22 (Arkansas S.C. 1920); Scanlon v Walshe 31 A. 498 (Maryland C.o.A. 1895); weitere Nachweise in Anno. 7 ALR 329,337 ff.

Vgl. auch ähnlich die frühen englischen Entscheidungen, z.B. Bury's Case 77 Eng.Rep. 207 (Common Pleas 1600)

- 2) Unter psychischer Unmöglichkeit des Beischlafs - moral impossibility of access - wird verstanden: "the conclusion arrived at from the surrounding circumstances of the case that the husband, though having possible opportunities of sexual intercourse with his wife, did not avail himself of them, so as to be the father of his wife's child born amidst such circumstances", Eversley S. 319 f.
- 3) "The law is not willing that a child shall be declared a bastard ... upon evidence merely that no actual act of intercourse occurred between husband and wife at or about the time the wife became pregnant. The proof must be such as to show the impossibility of access, ...": Powell v State 95 N.E. 660,662 (Ohio S.C. 1911); siehe auch Warren v State 158 S. 770 (Alabama C.o.A. 1935)

Impotenz ¹⁾ oder Abwesenheit des Ehemannes zur Zeit der Empfängnis ²⁾ nachgewiesen wird. Soweit für die Eheleute geschlechtlicher Verkehr miteinander möglich war, wird dieser nahezu unwiderleglich vermutet ³⁾, woran auch erwiesener Ehebruch der Ehefrau nichts ändert ⁴⁾. Nur in seltenen Fällen eindeutiger Nichtvaterschaft des Ehemannes verzichtet man auf den Beweis des nicht erfolgten Beischlafs und erlaubt die Widerlegung der Kausalitätsvermutung ⁵⁾.

Die strenge Haltung dieser Gruppe ist nur aus dem Wunsch heraus zu verstehen, die Geltendmachung der Unehelichkeit im Interesse der Allgemeinheit und des Kindes möglichst einzudämmen, selbst auf die Gefahr hin, im Einzelfall unbillige Härten zu erzeugen ⁶⁾.

-
- 1) Dabei wäre allerdings zu berücksichtigen, daß trotz eines gewissen Grades von Impotenz ein Mann als Erzeuger in Frage käme bei einer Befruchtung ab extra und bei einer künstlichen Befruchtung mit seinem Samen, vgl. bei Bromley S. 284
 - 2) Vgl. in Jacobs v Jacobs 225 S.W. 22 (Arkansas S.C. 1920)
 - 3) Z.B. *Sergeant v North Cumberland MFG. Co.* 66 S.W. 1036, 1037 (Kentucky C.o.A. 1902) und *Gross v Gross* 260 S.W.2d 655 (Kentucky C.o.A. 1953). Siehe auch die in Fußnote 2 S. 33 aufgeführten gesetzlichen Sonderregelungen.
 - 4) Siehe Fußnote 1 S. 37
 - 5) Vgl. die Negerbabyfälle: *In re McNamara's Estate* 7 ALR 313 (California S.C. 1919); *In re Walker's Estate* 181 P. 792 (California S.C. 1919); aber *Langel v Langel* 175 N.E.2d 312 (Ohio C.o.A. 1960): In diesem Fall war Geschlechtsverkehr innerhalb der Empfängniszeit zwischen den Ehegatten festgestellt. Das Gericht hielt unter solchen Umständen Blutgruppengutachten für inkompetent, die Ehelichkeit des Kindes zu erschüttern. Vgl. ähnlich *Berry v Chaplin* 169 P.2d 442 (California District C.o. A. 1946)
 - 6) "Public policy requires that the status of a child born in lawful wedlock should be fixed and certain, and the immediate exigencies or even the apparent justice of any particular case will not justify a departure from the rule so necessary and salutary to the best interests of society": *Powell v State* 95 N.E. 660, 662 (Ohio S.C. 1911)

Daneben wird auch die schwere Bestimmbarkeit der Vaterschaft und eine Neigung der Gerichte mitspielen, den Intimbereich der Ehe möglichst unangetastet zu lassen ¹⁾.

Die Entwicklung führt offensichtlich fort von dieser strengen Einstellung zu einer mehr gemäßigten hin.

- b. So lassen die Gerichte Englands und der Mehrzahl der amerikanischen Staaten den Beweis der tatsächlichen Nicht-Vaterschaft des Ehemannes genügen ²⁾.

-
- 1) "This presumption of the legitimacy of such offspring is founded not alone upon the coincidence of probabilities, but ... also upon its (the law's) supreme regard for those privileges of the married state that all men instinctively withhold from the public knowledge": *Sergeant v North Cumberland MFG. Co.* 66 S.W. 1036, 1037 (Kentucky C.o.A. 1902);
- 2) USA: *Wallace v Wallace* 114 N.W. 527 (Iowa S.C. 1908); *Stegall v Stegall* F.Cas.No 13351 (1825); *Clark v State* 57 ALR 2d 718, 727 (Maryland S.C. 1955); *In re Findlay* 170 N.E. 471, 473 (New York C.o.A. 1930); *In re Jones* 128 ALR 704 (Vermont S.C. 1939); *In re Rowe's Estate* 141 P.2d 832 (Oregon S.C. 1943); *Dennison v Page* 62 Am.Dec. 644 (Pennsylvania S.C. 1857); *State v E.A.H.* 75 N.W.2d 195 (Minnesota S.C. 1956); *Kreighbaum v Dinsmore* 165 N.E. 526 (Indiana Appellate C. 1929); *Heath v Heath* 269 N.W. 761 (Iowa S.C. 1936); *Needham v Needham* 299 S.W. 832 (Missouri, St. Louis C.o.A. 1927); *State v Flynn* 193 N.W. 651 (Wisconsin S.C. 1923); weitere Nachweise in den folgenden Fußnoten und bei Vernier Bd. 4 S. 150; 7 Am.Jur., Bastards §§ 15, 47 und in Anno. 7 ALR 329, 333

England: *Goodright*, on the Demise of *Tompson v Saul* 100 Eng.Rep. 1062, 1063 (King's Bench 1791); *Banbury Peerage Case* 57 Eng.Rep. 62 (High C.o. Chancery 1811). *Hargrave v Hargrave* 50 Eng.Rep. 457 (Rolls Court 1846); *Burnaby v Baillie* 42 Ch.D. 282 (Chancery Division 1889); *Morris v Davies* 7 Eng.Rep. 365 (House of Lords 1837); *Poulett Peerage Case* 1903 A.C. 395 (House of Lords 1903); *Commonwealth v Kitchen* 11 N.E. 2d 482 (Massachusetts S. Judicial C. 1937)

Allerdings wird unter diesem Beweis regelmäßig lediglich der Beweis des tatsächlich nicht erfolgten Geschlechtsverkehrs (lack of sexual intercourse, proof of non-access) verstanden. Im Gegensatz zur oben geschilderten Auffassung braucht aber der Verkehr nicht unmöglich gewesen zu sein ¹⁾ ²⁾. Vor allem wird der Beweis der psychischen Unmöglichkeit des Beischlafs (moral impossibility of access) ³⁾ zugelassen ⁴⁾. Haben die Eheleute jedoch miteinander verkehrt, so wird die Kausalität dieses Verkehrs selbst im Falle erwiesenen Ehebruchs der

-
- 1) "Illegitimacy is an issue of fact resting upon proof of impotency or non-access of the husband": State v Green 185 S.E. 670 (North Carolina S.C. 1936); "Sexual intercourse between man and wife must be presumed, and n o t h i n g , e x c e p t e v i d e n c e that the husband did n o t h a v e s u c h i n t e r c o u r s e at the period of conception, can illegitimize a child born in wedlock": Nicolas zitiert in Gordon v Gordon 1903 Pr. 141,143 (Divorce Division 1903); vgl. auch Stillman v Stillman 196 N.Y.S. 356 (New York, S.C. Putnam County 1922); Saunders v Fredette 151 A. 820 (New Hampshire S.C. 1930); Commonwealth v Kitchen 11 N.E.2d 482 (Massachusetts S. Judicial C. 1937); Gower v State 290 S.W. 978 (Tennessee S.C. 1927) und Nachweise in Fußnote 2 S. 34
 - 2) Dies wird als "common-law view" von heute angesehen werden können; vgl. 7 Stanford Law Review 388,390
 - 3) Siehe Fußnote 2 S. 33
 - 4) Vgl. Morris v Davies 7 Eng.Rep.365 (England, House of Lords 1837); In re Rowe's Estate 141 P.2d 832 (Oregon S.C. 1943).

Ehefrau ¹⁾ nahezu unwiderleglich angenommen ²⁾.

Einige Staaten verlangen dazu nicht einmal den Nachweis des ehelichen Verkehrs, schon wenn die Eheleute

-
- 1) England: Russel v Russel 1924 A.C. 687 (House of Lords 1924); Gordon v Gordon 1903 P. 141, 143 (Divorce Division 1903): "If the husband could, from circumstances of time, place, and health, have had nuptial intercourse with his wife, and there be no evidence to prove that he did not have such intercourse, he must be considered the father of her child, even if she had committed adultery with one, two, or twenty other men."
- USA: Cross v Cross 23 Am.Dec. 778 (New York C.o. Chancery 1832); In re Findlay 170 N.E. 471 (New York C.o.A. 1930); Bassil v Ford Motor Co. 107 ALR 1491 (Michigan S.C. 1936); Gower v State 290 S.W. 978 (Tennessee S.C. 1927); Hall v State 5 A.2d 916 (Maryland S.C. 1939); Sayles v Sayles 80 N.E.2d 21 (Massachusetts S.C. 1948) mit weiteren Nachweisen; State ex rel. Walker v Clark 38 N.E.2d 773 (Ohio S.C. 1944); Craven v Selway 246 N.W. 821 (Iowa S.C. 1933); Dulsky v Susquehanna Collieries Co. 177 A. 60 (Pennsylvania Superior C. 1935)
- 2) England: "The doctrine, indeed, of the extra quatuor maria, is now obsolete ... but so much of the old rule of law still holds, that if access be proved at any time between the possible conception and the birth, the child is legitimate", King v Luffe 103 Eng.Rep. 316, 318 (King's Bench 1807); vgl. auch Banbury Peerage Case 57 Eng.Rep. 62 (High C. of Chancery 1811); Gordon v Gordon 1903 P. 141 (Divorce Division 1903).
- USA: Scanlon v Walshe 31 A. 498 (Maryland S.C. 1895); Cross v Cross 23 Am.Dec. 778 (New York C.o. Chancery 1832); Jackson v Jackson 76 P.2d 1062 (Oklahoma S.C. 1938); State v Frenger 291 P. 1087 (Washington S.C. 1930); Dennison v Page 72 Am.Dec. 644 (Pennsylvania S.C. 1857); Gravely v Gravely 6 S.W.2d 1080 (Kentucky S.C. 1928); Hudson v Hudson 36 N.W.2d 851 (Nebraska S.C. 1949); Commonwealth v Shepherd 6 Am.Dec. 449, 450 (Pennsylvania S.C. 1814); State v Green 185 S.E. 670 (North Carolina S.C. 1936); Morris v Morris 13 A.2d 603 (Delaware Superior C. 1940); auch Langel v Langel 175 N.E.2d 312 (Ohio S.C. 1960)

miteinander "cohabit" ¹⁾, wird kraft Gesetzes Geschlechtsverkehr und damit die Ehelichkeit der Kinder unwiderleglich vermutet, es sei denn, der Ehemann ist impotent ²⁾. Das Zusammenleben muß dabei selbstverständlich zur Zeit der Empfängnis vorgelegen haben. Es wird von einer normalen Empfängniszeit ausgegangen und nicht von "extreme and exceptional cases" ³⁾, womit sich eine Tendenz zur Auflockerung der gesetzlichen Bestimmung anzeigt. Diese Tendenz wird auch in einem anderen Fall ersichtlich, in dem ein Mischling von reinrassig weißen Eheleuten geboren wurde (sog. Negerbaby-Fall). Hier wurde die Vaterschaft des Ehemannes verneint, obwohl er mit der Mutter zusammengelebt hatte ⁴⁾. Seltsamerweise wurde dieser Weg zumindest in Californien nicht zu Ende gegangen. So konnten Blutgruppen-

-
- 1) "Cohabit" bedeutet nach der Definition des kalifornischen S.C. "the living together of a man and woman ostensibly as husband and wife", Estate of Mills 92 Am.St.Rep. 175,178 (1902), also nicht "access" oder "a reasonable possibility of access", Kusior v Silver 354 P.2d 657,666 (1960).
 - 2) California Code of Civil Procedure § 1962 Subd. 5; dazu Estate of Mills 92 Am.St.Rep. 175,178 (California S.C. 1902), worin sogar Shakespeare zur Unterstützung dieser Auffassung herangezogen wird: King John 1. Akt 1. Szene; auch In re Walker's Estate 181 P. 792 (California S.C. 1919). Nevada Revised Statutes 52.060 Nr. 5; North Dakota Revised Code 1943, Sec. 31-1102 (4); Oregon Revised Statutes 1953, 41.350 (6); Revised Codes of Montana 1947, 93-1301-6 (5)
 - 3) In re McNamara's Estate 7 ALR 313, 322 (California S.C. 1919); Anderson v Anderson 5 P.2d 881, 882 (California S.C. 1931)
 - 4) In re McNamara's Estate 7 ALR 313 (California S.C. 1919)

gutachten, die eindeutig die Vaterschaft des Ehemannes ausschlossen, die gesetzlich niedergelegte Vermutung nicht widerlegen ¹⁾.

Im übrigen ist in Übereinstimmung mit den unter a genannten Gerichten die Widerlegung der Kausalitätsvermutung auf die Fälle eindeutiger Nicht-Vaterschaft (Unmöglichkeit der Vaterschaft) des Ehemannes beschränkt ^{2) 3)}.

Die immer verlässlicher und genauer werdenden medizinischen Methoden, die Abstammung zu bestimmen, und die stärkere Berücksichtigung der Interessen des Kin-

-
- 1) *Arais v Kalensnikoff* 115 ALR 163 (California S.C. 1937); *Berry v Chaplin* 169 P.2d 442 (California S.C. 1946); *Kusior v Silver* 354 P.2d 657 (California S.C. 1960). Kritik an dieser Haltung ist sehr stark, vgl. Kirschner in 38 Cornell Law Quarterly 75,78 und Whitfield in 48 California Law Review 852,856 f.
 - 2) *Wright v Hicks* 60 Am.Dec. 687,693 (Georgia S.C. 1854): "... when sexual intercourse, ..., is once proved, ... nothing short of impossibility in such case shall impugn the legitimacy, ... For unless an impossibility is shown, neither father nor mother can tell who begat the child." Vgl. auch *Wilson v Wilson* 193 S.W. 7 (Kentucky S.C. 1917) und *Cross v Cross* 23 Am.Dec. 778 (New York C.o.Chancery 1832)
 - 3) In Frage kommen besonders die Fälle der Impotenz des Ehemannes, z.B. *Hughes v Hughes* 271 P.2d 172 (California District C.o.A. 1954), die Negerbabyfälle, wie z.B. *Bullock v Knox* 11 S. 339 (Alabama S.C. 1892), und heute besonders die Fälle, in denen Blutgruppengutachten die Vaterschaft des Mannes ausschließen. Vgl. diesbzgl. Uniform Act on Blood Tests to Determine Paternity (§ 5), der von zahlreichen Staaten eingeführt worden ist: anstelle vieler: *C. v C.* 109 N.Y.S.2d 276,278 (New York S.C. 1951).
Weitere Nachweise unten im Kapitel "Ser-ologische Gutachten als Beweis der Nichtvaterschaft", S.96 ff.

des und des Scheinvaters werden die Entwicklung zwangsläufig dahin leiten, daß die Gerichte von den starren Beweiserfordernissen - besonders für die Widerlegung der Beischlafsvermutung - abkommen und ohne Einschränkung jeden Beweis zulassen werden "disclosing that the husband could not have been the father of the child" ¹⁾. Sie werden dabei auch in Erwägung ziehen müssen, daß trotz Impotenz und fehlenden Beischlafs des Ehemannes eine eheliche Abstammung durchaus in Fällen künstlicher Befruchtung bestehen kann ²⁾.

- c. Louisiana besitzt als einziger US-Staat eine gesetzliche Aufzählung der Anfechtungsgründe. Wurde ein Kind innerhalb der Ehe gezeugt, d.h. wurde es 181 oder mehr Tage nach der Heirat der Mutter geboren, sind nur zwei Anfechtungsgründe zulässig: Einmal Ehebruch der Frau u n d Verheimlichung der Geburt des Kindes vor dem Ehemann (Art. 185 L.C.C.), zum anderen eine solche räumliche Entfernung des Ehemannes von der Mutter, daß Geschlechtsverkehr zwischen beiden "physically impossible" war (Art. 189 L.C.C.) ³⁾. In keinem Fall ist es dem Ehemann erlaubt, sich auf seine natürliche Impotenz zu berufen (Art. 185 L.C.C.).

1) Vgl. Needham v Needham 299 S.W. 832,834 (Missouri, St. Louis C.o.A. 1927)

2) Siehe Bromley S. 284

3) Wurde das Kind 300 Tage oder später nach der Auflösung der Ehe oder nach einem Trennungsurteil geboren, kann seine Ehelichkeit mit jedem Beweis der Nichtvaterschaft angefochten werden, im Fall eines Trennungsurteils allerdings nur, wenn n i c h t bewiesen wird "that there had been cohabitation between the husband and wife since such decree" (Art. 188,187 L.C.C.)

Besonders mit dieser letzten Regelung steht Louisiana allein im englisch-amerikanischen Rechtskreis. Sie ist dem Art. 313 des französischen Code Civil nachgebildet ¹⁾. Ihr Grund liegt sowohl darin, daß zur Zeit der Entstehung des Code Civil eine Impotenz nur schwer zu beweisen war, als auch in einer beabsichtigten Strafe für den Ehemann, der in eine Ehe eintritt "without the ability to fulfil one of the major objectives of marriage" ²⁾.

Die Gerichte Louisiana's sehen die gesetzlich aufgezählten Anfechtungsgründe als ausschließliche an und geben z.B. einer Anfechtungsklage nicht statt, die allein auf ein die Vaterschaft des Ehemannes ausschließendes Blutgruppengutachten gestützt ist ³⁾. Außerdem legen sie die genannten Artikel eng zu Gunsten der Ehelichkeit aus ⁴⁾. Eine erfolgreiche An-

-
- 1) Allerdings erlauben die französischen Gerichte durch eine entsprechende Auslegung des Art. 312 Satz 2 des französischen Code Civil die Geltendmachung einer Impotenz, die auf einen Unfall nach Eheschluß zurückzuführen ist. Dazu Guillory in 5 Tulane Law Review 449,450
 - 2) Cook in 17 Louisiana Law Review 494,495 Fußnote 8; vgl. auch Guillory in 5 Tulane Law Review 449, 450
 - 3) "The restrictive provisions of the Civil Code dealing with the action en desaveu do not authorize the action where it is based solely on blood grouping tests." : Williams v Williams 87 S.2d 707,709 (Louisiana S.C. 1956); vgl. auch Feazel v Feazel 62 S.2d 119 (Louisiana S.C. 1952)
 - 4) Zu Art. 185 L.C.C. siehe Lejeune v Lejeune 167 S. 747 (Louisiana S.C. 1936); Feazel v Feazel 62 S. 2d 119 (Louisiana S.C. 1952).
Zu Art. 189 L.C.C. siehe neben den genannten Entscheidungen auch Harris v Louisiana Oil Refining Corporation 68 S. 604 (Louisiana S.C. 1915) und Switzer v Switzer 128 S. 477 (Louisiana S.C. 1930)

fechtung ist daher in Louisiana sehr schwer, um nicht zu sagen nahezu unmöglich ¹⁾.

Diese wohl am weitesten gehende Haltung in den USA und England hat ihren letzten Ursprung in den anfechtungsfeindlichen Vorstellungen in Frankreich zur Zeit der Abfassung des Code Civil, der das Vorbild des Louisiana Civil Code ist. Damals spielten vornehmlich Staatsinteressen eine Rolle; man sah es als unbedingt vorteilhaft für den Staat an, möglichst vielen Kindern die Ehelichkeit zu erhalten ²⁾. Die heutigen Richter in Louisiana scheinen ebenfalls eine Ehelichkeitsanfechtung grundsätzlich abzulehnen ³⁾, sei es zur Vermeidung von Skandal und aus Argwohn gegenüber dem Anfechtenden ⁴⁾, sei es, um nicht die Wirkung der Ehe zu zerstören, "a civil institution upon which society rests for its security" ⁵⁾⁶⁾.

-
- 1) Es ist mir nicht gelungen, einen einzigen erfolgreichen Anfechtungsprozeß in Louisiana nachzuweisen; vgl. auch Brouillette in 14 Louisiana Law Review 401,405 und Fußnote 6 dieser Seite.
 - 2) Vgl. darüber Sandmeier S. 58 ff.
 - 3) So auch Cook in 17 Louisiana Law Review 494,498 Fußnote 20
 - 4) "It has always been the policy of the Louisiana law to protect innocent children, born during marriage, against scandalous attacks upon their paternity by the husband of the mother, who may be seeking to avoid his obligations, or by third persons unscrupulously claiming the estate of the husband after his death.": Williams v Williams 87 S.2d 707,709 (Louisiana S.C. 1956)
 - 5) Vernon v Vernon (Louisiana 1851) zitiert in Anno. 7 ALR 329,339
 - 6) Diese strenge Haltung wird in der Literatur angegriffen; vgl. z.B. 14 Louisiana Law Review 121 ff.; Cook in 17 Louisiana Law Review 494 ff.; Pascal in 18 Louisiana Law Review 685 ff.; McIntire in 36 Tulane Law Review 347 ff. (1962)

2. Ist die Ehelichkeit einer Person fraglich, die vor der Ehe gezeugt, aber in der Ehe geboren wurde, so gilt in England und in den meisten amerikanischen Staaten nichts anderes als bei einer Zeugung innerhalb der Ehe ¹⁾.

Eine kleine Minderheit sieht jedoch die Vv. bei vorehelicher Zeugung als schwächer an als bei einer Zeugung innerhalb der Ehe; denn hier, so wird argumentiert, beruhe die Vv. allein auf der Tatsache der Eheschließung und nicht auf dem angenommenen geschlechtlichen Verkehr, der sich aus einer Eheschließung ableitet ²⁾. Infolgedessen werden geringere Ansprüche an den Beweis zur Entkräftung der Vv. gestellt ^{3) 4)}.

-
- 1) Dennison v Page 72 Am.Dec. 644 (Pennsylvania S.C. 1857); McCulloch v McCulloch 5 Am.St.Rep. 96 (Texas S.C. 1888); Wallace v Wallace 126 Am.St.Rep. 253 (Iowa S.C. 1908); Westfall v Westfall 13 ALR 1428 (Oregon S.C. 1921); Morris v Morris 13 A.2d 603, 607 (Delaware Superior C. 1940); Eldridge v Eldridge 16 S.2d 163 (Florida S.C. 1944); Byrd v Travelers Insurance Co. 275 S.W.2d 861, 863 (Texas C.o.Civil A. 1955); State v E.A.H. 75 N.W.2d 195 (Minnesota S.C. 1956)
- 2) "... there is and should be a difference between post and antenuptial conception: in the latter, much slighter proof should be required to repel the presumption of legitimacy arising from marriage. For here it is the marriage only, and not the presumed sexual intercourse resulting from marriage, which creates the presumption." Wright v Hicks 60 Am.Dec. 687, 694 (Georgia S.C. 1854)
- 3) Wright v Hicks 60 Am.Dec. 687 (Georgia S.C. 1854); Richards v State 189 S.E. 682 (Georgia C.o.A. 1937); In re McDermott's Estate 249 N.W. 555 (Nebraska S.C. 1933); Jackson v Thornton 179 S.W. 384 (Tennessee S.C. 1915); weitere Nachweise in Anno. 57 ALR 2d 729, 746
- 4) Dies wird zum Teil ausdrücklich von anderen Gerichten abgelehnt: State v Romaine 11 N.W. 721, 722 (Iowa S.C. 1882); In re Davis 36 P.2d 471 (Oklahoma S.C. 1934); vgl. auch Pinkard v Pinkard 252 S. W. 265 (Texas C.o.Civil A. 1923)

In Louisiana können der Scheinvater bzw. seine Erben die Ehelichkeit eines Kindes, das vor dem 180. Tag nach der Heirat geboren wurde, nur anfechten, wenn der Scheinvater die Schwangerschaft der Mutter zur Zeit des Eheschlusses nicht kannte und auch nicht als Vater im Geburts- oder Taufregister des Kindes unterschrieb (Art. 190 L.C.C.) ¹⁾.

Von großer Bedeutung für die Widerlegung der Vv. wird immer der Umstand angesehen, ob der Scheinvater die Schwangerschaft der Mutter im Zeitpunkt der Heirat kannte oder nicht. ²⁾ Kannte er sie, so gehen einige Gerichte sogar so weit, die Vaterschafts-, d.h. die Ehelichkeitsvermutung, als unwiderleglich anzusehen ³⁾, vor allem, wenn außerdem vorehelicher Geschlechtsverkehr des Scheinvaters mit der Mutter zugegeben oder nachgewiesen ist ⁴⁾. Begründet wird diese Rechtsprechung damit, daß der Scheinvater durch seine Heirat der Mutter trotz ihrer Schwangerschaft seine Vaterschaft anerkannt, zumindest das Kind gewissermaßen

1) Vgl. Walker v Jarnevich 102 S.2d 770 (Louisiana C.o.A. 1958)

2) Vgl. Stegall v Stegall F. Cases No 13351 (1825); auch Saks v Saks 71 N.Y.S.2d 797 (New York Domestic Relations C. 1947), wo jedoch ein Blutgruppengutachten die Vv. widerlegte, und Anno. 57 ALR 2d 729,761

3) Miller v Anderson 54 Am.Rep. 823 (Ohio S.C. 1885); State v Romaine 11 N.W. 721 (Iowa S.C. 1882); State v Shoemaker 17 N.W. 589 (Iowa S.C. 1883). Diese Entscheidungen beschränken jedoch ihre Haltung ausdrücklich auf "bastardy proceedings"; vgl. aber weitergehenden Nachweis in Anno. 57 ALR 2d 729,768. Wohl einschränkend Wallace v Wallace 126 Am.St.Rep. 253 (Iowa S.C. 1908)

4) Hudson v Hudson 36 N.W.2d 851 (Nebraska S.C. 1949)

adoptiert habe 1) 2).

III. Anforderungen an die Überzeugungskraft des Gegenbeweises (degree, weight, strength, standard, quantum of proof)

Wenn im vorigen Kapitel dargelegt wurde, welche Tatsachen zur Entkräftung der Vv. bewiesen werden müssen, so ist damit noch nicht gesagt, mit welchem Grad an Überzeugungskraft dies geschehen muß ³⁾. Über diesen Grad bestehen unterschiedliche Auffassungen.

-
- 1) "One who marries a woman known by him to be enceinte is regarded by the law as adopting into his family the child at its birth. He could not expect that the mother upon its birth would discard the child and refuse to give it nurture and maintenance. The law would forbid a thing so unnatural. The child, receiving its support from the mother, must of necessity become one of her family, which is equally the family of the husband. The child then is received into the family of the husband, who stands as to it in loco parentis. This being the law, it enters into the marriage contract between the mother and the husband. When this relation is established, the law raises a conclusive presumption that the husband is the father of his wife's illegitimate child.": State v Shoemaker 49 Am.Rep. 146,147 (Iowa S.C. 1883); vgl. auch Miller v Anderson 54 Am.Rep. 823 (Ohio S. C. 1885)
 - 2) California Code of Civil Procedure § 1962 Subd. 5, der die Vv. für unwiderleglich erklärt, wenn die Eheleute miteinander "cohabit", wird auch auf Fälle vorehelichen Zusammenlebens angewandt; so wohl mittelbar Anderson v Anderson 5 P.2d 881 (California S.C. 1931) und Dazey v Dazey 122 P.2d 308 (California C.o.A. 1942); vgl. auch Anno. 57 ALR 2d 729,763
 - 3) Vgl. über diese Unterscheidung In re Walker's Estate 181 P. 792 (California S.C. 1919) und Anno. 128 ALR 713,717

1. Die sehr weitgehende Richtung, die den Nachweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft des Scheinvaters mit absoluter Sicherheit forderte ¹⁾, wird heute wohl nicht mehr vertreten. Die meisten Staaten lehnen sie sogar ausdrücklich ab ²⁾.
2. Wohl aber verlangt eine größere Anzahl amerikanischer Gerichte einen Beweis der Unehelichkeit "beyond all reasonable doubt" ³⁾, der also bei keinem Vernünftigen Zweifel zuläßt ⁴⁾.

Die übrigen Staaten wenden diesen Maßstab ebenfalls an, wenn in einem Strafverfahren die Unehelichkeit einer ehelich geborenen Person als Element einer Straftat vom Staat bewiesen werden soll. Dann geht es

-
- 1) Vgl. Nachweise in Anno. 128 ALR 713, 716
 - 2) Z.B. In re Jones 128 ALR 704, 712 (Vermont S.C. 1939); In re Findlay 170 N.E. 471, 473 (New York C.o.A. 1930); Egbert v Greenwalt 6 N.W. 654 (Michigan S.C. 1880); Commonwealth v Kitchen 11 N.E.2d 482 (Massachusetts S. Judicial C. 1937); Dulskey v Susquehanna Coleries Co. 177 A. 60, 64 (Pennsylvania Superior C. 1935): "The position taken by the court below ... is that the presumption ... stands in this case until the negative proposition of nonaccess has been absolutely proven. This is not the modern rule ..."
 - 3) Stegall v Stegall F.Cas. No 13351 (1825); Egbert v Greenwalt 6 N.W. 654, 38 Am.Rep. 260 (Michigan S.C. 1880); Cross v Cross 23 Am.Dec. 778 (New York C.o. Chancery 1832); Commonwealth v Kitchen 11 N.E.2d 482 (Massachusetts S. Judicial C. 1937); Sayles v Sayles 4 ALR 2d 564 (Massachusetts S. Judicial C. 1948); Vorvilas v Vorvilas 31 N.W.2d 586 Wisconsin S.C. 1948); Shewalter v Shewalter 49 N.W.2d 727 (Wisconsin S.C. 1951); Gross v Gross 260 S.W.2d 655, 657 (Kentucky C.o.A. 1953); Secondine v Secondine 311 P.2d 215 (Oklahoma S.C. 1957); Saunders v Fredette 151 A. 820 (New Hampshire S.C. 1930), wo die Ehelichkeitsvermutung in ihrer Stärke der Vermutung der Unschuld eines Angeklagten gleichgesetzt wird; In re Jones 128 ALR 704 (Vermont S.C. 1939)
 - 4) Vgl. Weissenstein S. 135

nämlich auch um die Vermutung der Unschuld des Angeklagten, die stets "beyond all reasonable doubt" widerlegt werden muß ¹⁾ ²⁾. Ähnliches gilt zum Teil bei Scheidungsprozessen wegen Ehebruchs der Frau ³⁾.

Der hohen Anforderung des "beyond all reasonable doubt" für die Widerlegung der Vv. kommen auch die Staaten nahe, die einen "irrefragable" oder "irresistible" Beweis fordern ⁴⁾ bzw. einen Beweis, der "conclusive" ⁵⁾ oder "distinct, clear and conclusive" ⁶⁾ ist. Schon mehr zur folgenden gemäßigten Gruppe überleitend ist der Maßstab "strong, satisfactory, and conclusive" ⁷⁾ ⁸⁾. Allerdings liegt in diesen Ausdrücken - von "beyond all reasonable doubt" abgesehen - nur selten ein fest umrissener, eindeutig

-
- 1) Zahlreiche Nachweise in 20 Am.Jur., Evidence § 1256
 - 2) So kann es sich ergeben, daß zwei verschiedene Maßstäbe angelegt werden, je nach dem es sich um ein Strafverfahren oder einen civil suit handelt, vgl. California Code of Civil Procedure § 2061 Subd. 5 und People v Kovacevich 65 P.2d 807 (California District C.o.A. 1937)
 - 3) Vgl. Bosville v A.-G. 12 P.D. 177 (Divisional C. 1887)
 - 4) Vgl. Nachweise in Anno. 126 Am.St.Rep. 264 und Anno. 128 ALR 713, 719 f.
 - 5) Vgl. Bowles v Bingham 5 Am.Dec. 497 (Virginia S.C. 1811); weitere Nachweise in Anno. 128 ALR 713, 718 f.
 - 6) Nachweise in Anno. 7 ALR 329, 339 und Anno. 128 ALR 713, 718 f.
 - 7) USA: Vgl. State v Romaine 11 N.W. 721 (Iowa S.C. 1882); England: Leading case Morris v Davies 7 Eng.Rep. 365, 404 (House of Lords 1836); Hargrave v Hargrave 50 Eng.Rep. 457 (Rolls C. 1846); allerdings wird von Lord Brougham bezweifelt, daß der Beweis auch noch "conclusive" sein müßte, wenn er "clear, distinct, and satisfactory" ist, "... because that gives occasion very frequently to needless and inconvenient doubt", Piers v Piers 9 Eng.Rep. 1118, 1132 f. (House of Lords 1849)
 - 8) Dieser Maßstab wird in Anno. 126 Am.St.Rep. 260, 266 schon als zwischen "strictness or liberality" stehend bezeichnet.

feststehender Inhalt. Dieser ist letztlich nur aus der Gesamtheit der Entscheidung zu entnehmen. Die benutzten Adjektive geben aber wertvolle Anhaltspunkte.

Der berühmte Chief Justice Cardozo versucht das Gemeinsame dieses verschieden umschriebenen Maßstabs folgendermaßen darzustellen: "What is meant by these pronouncements ¹⁾, however differently phrased, is this, and nothing more, that the presumption will not fail unless common sense and reason are outraged by a holding that it abides" ²⁾.

3. Die größte Gruppe bilden die Gemäßigten. Sie sehen zwar die Vv. als sehr stark an, verlangen aber keinen "conclusive" oder "beyond all reasonable doubt" gehenden Gegenbeweis ³⁾. Bei ihnen finden sich statt dessen als Maßstab häufiger die Ausdrücke "clear and

-
- 1) Vorher in der Entscheidung genannt sind: beyond all reasonable doubt, strong and irresistible und clear and convincing.
- 2) In re Findlay 170 N.E. 471,473 (New York C.o.A. 1930); siehe auch Hale v State 2 A.2d 17,19 (Maryland C.o.A. 1938): "... the presumption of legitimacy may be overcome when common sense and reason requires that departure."
- 3) Vgl. In re Skinner's Estate 151 P.2d 31 (California C.o.A. 1944); In re Gregoire's Estate 64 P.2d 1328, 1330 (Oregon S.C. 1937); In re Rowe's Estate 141 P. 2d 832,834 (Oregon S.C. 1943); Groulx v Groulx 46 ALR 2d 994,998 (New Hampshire S.C. 1954); Eldridge v Eldridge 16 S.2d 163,164 (Florida S.C. 1944): "The husband is not required to prove his contention beyond reasonable doubt, yet his proof must be sufficiently strong to clearly remove the presumption of legitimacy, and that the evidence must do more than cast a strong suspicion or grave doubt on the paternity of the child."

convincing" ¹⁾, "clear and satisfactory" ²⁾ oder "clear, satisfactory, convincing, and competent" ^{3) 4)}.

Selbst in Fällen vorehelicher Empfängnis, in denen das Gericht die Vv. als schwächer als bei einer Empfängnis innerhalb der Ehe bezeichnete, wurde noch ein "clear, strong, and convincing evidence" verlangt, um die Vv. zu widerlegen, und eine "mere preponderance of evidence" als ungenügend abgelehnt ⁵⁾.

-
- 1) Orthwein v Thomas 11 Am.St.Rep. 159,163 (Illinois S.C. 1889); Schlenker v Ferdon 153 N.E. 113 (Ohio C.o.A. 1926); Langel v Langel 175 N. E.2d 312,314 (Ohio C.o.A. 1960); Groulx v Groulx 46 ALR 2d 994, 998 (New Hampshire S.C. 1954); viele Nachweise in Anno. 128 ALR 713,720 f.
 - 2) State v Reed 149 S.E. 669 (West Virginia S.C.o.A. 1929); Needham v Needham 299 S.W. 832 (Missouri, St. Louis C.o.A. 1927; Anderson v Anderson 5 P.2d 881,882 (California S.C. 1931); In re Lewis' Estat 240 N.W. 818 (Wisconsin S. C. 1932); In re McDermott 249 N.W. 555 (Nebraska S.C. 1933); Craven v Selway 246 N.W. 821 (Iowa S.C. 1933); Dusky v Susquehanna Collieries Co. 177 A. 60 (Pennsylvania Superior C. 1935); Hale v State 2 A. 2d 17 (Maryland C.o.A. 1938); weitere Nachweise in Anno. 128 ALR 713,720 f.
 - 3) Z.B. Bowers v Bailey 21 N.W.2d 773,775 (Iowa S.C. 1946)
 - 4) Auch hier sei wieder darauf hingewiesen, daß diese Ausdrücke im Gesamtzusammenhang gesehen werden müssen. So kann u.U. "clear and convincing", "clear, certain and conclusive" oder "to the satisfaction of those who are to decide the question" gleichbedeutend sein mit "beyond reasonable doubt", siehe z.B. Powell v State 95 N.E. 660,661 f. (Ohio S.C. 1911) oder In re Jones 128 ALR 704 (Vermont S.C. 1939)
 - 5) Vgl. Jackson v Thornton 179 S.W. 384 (Tennessee S. C. 1915)

4. Die Liberalisten wenden den Maßstab an, der gewöhnlich in Zivilprozessen benutzt wird (illegitimacy proved like any other fact), und begnügen sich daher mit einer bloßen "preponderance of evidence" ¹⁾, d.h. "... it is the duty of the jury ²⁾ to weigh the evidence against the presumption and to decide, as in the exercise of their judgment, either may appear to preponderate" ³⁾. Diese Haltung wird von anderen Gerichten als für diese bedeutsame Materie zu wenig verlässlich ausdrücklich abgelehnt: "If the question of legitimacy were open to such attack, to be sustained or defeated by a mere preponderance of evidence, based largely and most frequently upon circumstances alone, the right of inheritance, the integrity of blood, the pride of ancestry, and its just sense of honor, all would depend upon the most dubious titles" ⁴⁾.

-
- 1) In re Walker's Estate 181 P. 792,797 (California S.C. 1919): "The presumption does not operate to change the general rule that in civil cases the issue is to be determined upon the preponderance of evidence, but, like other presumptions, operates under and beneath that rule." Der S.C. von Ohio erklärt in Miller v Anderson 54 Am.Rep. 823 (1885), daß die Ehehlichkeitsvermutung wie jede andere Tatsache zu widerlegen sei und führt dazu aus, daß das bedeute "affirmatively, or by a preponderance of the evidence."
Siehe im übrigen Tarleton v Thompson 118 S.E. 421(South Carolina S.C. 1923); Revised Codes of Montana 1947, Sec. 61-103; 10 Oklahoma Statutes Annotated § 3; California Civil Code § 195 Satz 2; Annotated Laws of Massachusetts c. 273, § 7 Satz 1; North Dakota Revised Code 1943, Sec. 14-0903 Satz 2 und Vernier Bd. 4 S. 151 f.. Weitere Nachweise in Anno. 128 ALR 713,723.
Dieser Maßstab wurde sogar bei vorehelicher Zeugung eines in der Ehe geborenen Kindes angewandt, siehe Nachweis in 10 C.J.S., Bastards § 6. Vgl. demgegenüber neuere Entscheidungen aus Ohio in Fußnote 1 S. 49
- 2) oder in anderen Fällen die Pflicht des Gerichts
- 3) Wright v Hicks 60 Am.Dec. 687,692 f. (Georgia S.C. 1854). Die Sachdarstellung bezüglich der Tatsachen, für die jemand beweispflichtig ist, muß wesentlich wahrscheinlicher erscheinen, als die seines Gegners; vgl. Weissenstein S. 133
- 4) Justice O'Rear in Sergent v North Cumberland MFG.Co. 66 S.W. 1036,1037 (Kentucky C.o.A. 1902); siehe auch Re Jones 128 ALR 704,708 (Vermont S.C. 1939) und Franks v State 161 S. 549 (Alabama S. C. 1935)

§ 6 Widerlegung der Vermutung des Bestehens einer Ehe

Auch die Vermutung des Bestehens einer Ehe ist unbestritten widerlegbar. Es ist durchaus der Nachweis erlaubt, daß keine Heirat stattgefunden hat oder daß trotz einer Heiratszeremonie diese wegen formeller Mängel oder gesetzlicher Ehehindernisse ungültig war ¹⁾.

In Bezug auf die Anforderungen, die an die Überzeugungskraft des Gegenbeweises zu stellen sind, gilt dasselbe wie bei der Vv.. Bloße Gerüchte reichen nicht aus ²⁾. Der Beweis muß in der Regel überzeugender als bei zahlreichen anderen Rechtsvermutungen sein ³⁾, sei es, daß er "beyond a reasonable doubt" gehen muß ⁴⁾, sei es, daß er wie die Mehrzahl der Gerichte es verlangen "clear, distinct, satisfactory, and convincing" sein muß ^{5) 6)}.

-
- 1) Vgl. z.B. Russel v A.-G. 1949 Pr. 391⁴ (England, Divorce Division 1949); oder In re Biersack 159 N.Y. S. 519 (New York, Surrogate's C. King's County 1916); weitere Einzelfälle in 10 CJS, Bastards § 6 b
 - 2) Vgl. Nachweis in 10 CJS, Bastards § 6 b
 - 3) "It would be both tragic and chaotic if such a ceremony could, on slender evidence, be declared null and void!" Judge Barnard in Russel v A.-G. 1949 Pr. 391, 394 (England, Divorce Division 1949); vgl. auch De Thoren v A.-G. 1 A.C. 686 (England, House of Lords 1876)
 - 4) Vgl. In re Byrnes' Estate 290 N.Y.S. 76 (New York, Surrogate's C. King's County 1936)
 - 5) USA: In re Tormey's Estate 256 P. 535, 537 (Idaho S. C. 1927): "clear, cogent, and satisfactory"; vgl. auch Johnson v Johnson's Administrator 77 Am. Dec. 598 (Missouri S.C. 1860); Succession of Cervini 84 S.2d 818 (Louisiana S.C. 1955); Wright v Tehee 224 P. 163 (Oklahoma S.C. 1924); In re Pickens' Estate 29 A. 875 (Pennsylvania S.C. 1894); im übrigen 10 CJS, Bastards § 6 b
 - 6) In England finden sich vor allem die Maßstäbe "decisive"-Russel v A.-G. 1949 Pr. 391, 394 (Divorce Division 1949) - und "positive, distinct, satisfactory, and conclusive" - Piers v Piers 9 Eng. Rep. 1118, 1131 (House of Lords 1849); neuerdings aber auch lediglich "clear", vgl. Nachweis bei Bromley S. 51 Fußnote b

Die Widerlegung der Ehevermutung spielt im Rahmen der Geltendmachung der Unehelichkeit eine geringere Rolle als in früheren Zeiten, da heute selbst Kinder aus Nicht- oder anfechtbaren Ehen häufig für ehelich gelten ¹⁾.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß England sowie die meisten US-Staaten nachdrücklich bestrebt sind, die Ehelichkeit einer Person zu erhalten ²⁾, und daß sie daher die Ehelichkeitsvermutung nicht leicht widerlegbar gestaltet haben. Diese wird sogar häufig als "one of the strongest and most persuasive known to law" bezeichnet ³⁾. Folgerichtig werden höhere Anforderungen an den Gegenbeweis gestellt als an den Beweis zur Entkräftung der meisten anderen Rechtsvermutungen ⁴⁾. Vor allem die Kausalitätsvermutung ist nur sehr schwer zu widerlegen. In keinem Fall vermögen Tatsachen, die nur Zweifel - seien sie auch noch so schwer - an der Ehelichkeit aufkommen lassen, die Ehelichkeitsvermutung zu erschüttern ⁵⁾.

1) Vgl. die Ausführungen auf S. 2 f.

2) Vgl. auch 33 Harvard Law Review 306,307

3) Stephens v State 57 S.E.2d 493,495 (Georgia C.o.A. 1950); siehe auch Lockwood v Lockwood 62 N.Y.S.2d 910 (New York, S.C. Queen's County 1946); Peoples National Bank of Greenville v Manos Brothers, Inc. 45 ALR 2d 1070,1084 (South Carolina S.C. 1954); In re Lewis' Estate 240 N.W. 818,207 (Wisconsin S. C. 1932); Hubert v Cloutier 194 A. 303 (Maine S. Judicial C. 1937); Arthur v Arthur 77 S.2d 477 (Alabama S.C. 1955); Byrd v Travelers Insurance Co. 275 S.W.2d 861,863 (Texas C.o.Civil A. 1955)

4) Vgl. auch Vernier Bd. 4 S. 150

5) Siehe Lord Langdale in Hargrave v Hargrave 50 Eng. Rep. 457 (England, Rolls C. 1846); People v Woodson 156 P. 378 (California District C.o.A. 1916); Bowers v Bailey 21 N.W.2d 773 (Iowa S. C. 1946); Vanover v Steele 190 S. W. 667 (Kentucky C.o.A. 1917); Tyson v Raines 115 S. 803 (Louisiana S.C. 1928); Jackson v Thornton 179 S.W. 384 (Tennessee S.C. 1915); vgl. auch Eldridge v Eldridge 16 S.2d 163,164 (Florida S.C. 1944); weitere Nachweise in Anno. 128 ALR 713,724

§ 7 Kreis der Geltendmachungsberechtigten
(standing to raise the issue of legitimacy)

Grundsätzliches

Die Gerichte Englands und der meisten amerikanischen Staaten gehen offensichtlich davon aus, daß das Recht zur Geltendmachung der Unehelichkeit einer ehelichen Person nicht auf bestimmte Personen, Behörden oder den Staat beschränkt ist. In den zahlreichen Entscheidungen, die die Geltendmachung der Unehelichkeit betreffen, ist keine Einschränkung bezüglich der Berechtigten festzustellen ¹⁾. Derjenige, der die Unehelichkeit geltend macht, muß lediglich ein wirkliches (substantial) Interesse an der Klage nachweisen ²⁾.

Nur wenige US-Staaten verfahren anders:

-
- 1) Vgl. z.B. Guttman in 5 International and Comparative Law Quarterly 217, 220 und Anno. 53 ALR 2d 572, 573 Fußnote 3, 579 ff.
 - 2) Vgl. z.B. Bowers v Bailey 21 N.W.2d 773 (Iowa S.C. 1946): Eine Mutter wollte festgestellt haben, daß ihr verheirateter, aber inzwischen gefallener Sohn nicht der Vater des von seiner Ehefrau geborenen Kindes sei. Die Klägerin wollte damit das Kind als zukünftigen Erben ihres Vermögens ausschließen. Das Gericht wies die Klage mit dem Bemerkten ab, daß der bloße Wunsch, über die Person seiner späteren Erben Bescheid zu wissen, kein "substantial interest", kein "legal or equitable interest - financial or otherwise" darstelle, welches aber für eine solche Klage Voraussetzung sei.

II. Sonderregelungen

1. Einzelne Staaten geben n u r dem Ehemann und seinen Erben ein Recht zur Bastardisierung einer ehelichen Person ¹⁾. Genauer heißt das für Louisiana, daß der Ehemann allein-anfechtungsberechtigt ist, und daß nur, wenn er ohne Verlust dieses Rechts gestorben ist, auch die Erben dem Kinde die Ehelichkeit streitig machen können (Art. 192 L.C.C.) ²⁾. Weder das betroffene Kind selbst ³⁾, noch seine Mutter ⁴⁾⁵⁾ oder deren Erben ⁶⁾, noch der Staat ⁷⁾ oder ein anderer Dritter können die Ehelichkeit anfechten. Haben jedoch der Ehemann oder die Erben die Ehelichkeit des Kindes angefochten, so kann in Louisiana jedermann die Unehelichkeit geltend machen ⁸⁾.

-
- 1) Wohl Texas, Florida und ganz sicher Louisiana.
Vgl. Byrd v Travelers Insurance Co. 275 S.W.2d 861 (Texas C.o.Civil A. 1955); Gossett v Ullendorff 154 S. 177 (Florida S.C. 1934) i.V.m. Kowalski v Wojtkowski 53 ALR 2d 556 (New Jersey S.C. 1955). Louisiana Civil Code Art. 191, 192, die den Art. 316, 317 des französischen Code Civil nachgebildet sind.
Siehe außerdem Puerto Rico: Reyes v Flemming 168 F. S. 566 (US District C. Puerto Rico, San Juan Division, 1958) und Art. 108 und 109 des spanischen Código Civil.
 - 2) Siehe Eloi v Mader 38 Am.Dec. 192 (Louisiana S.C. 1841) sowie Ducasse's Heirs v Ducasse 45 S. 565 (Louisiana S.C. 1908)
 - 3) Eloi v Mader 38 Am.Dec. 192 (Louisiana S.C. 1841)
 - 4) Eloi v Mader 38 Am.Dec. 192 (Louisiana S.C. 1841); Feazel v Feazel 62 S.2d 119, 122f. (Louisiana S.C. 1952)
 - 5) Selbstverständlich steht der Mutter das Recht zu, die Identität des betreffenden Kindes zu bestreiten, vgl. dicta in Eloi v Mader 38 Am.Dec. 192, 196 (Louisiana S.C. 1841) und Gossett v Ullendorff 154 S. 177 (Florida S.C. 1934)
 - 6) Eloi v Mader 38 Am.Dec. 192 (Louisiana S.C. 1841); Succession of Saloy 10 S. 872 (Louisiana S.C. 1892); Succession of Flynn 109 S. 395 (Louisiana S.C. 1926); Beard v Vincent 141 S. 862 (Louisiana S.C. 1932)
 - 7) Succession of Saloy 10 S. 872 (Louisiana S.C. 1892)
 - 8) Näheres auf S. 84

Hier soll also das Recht zur Bastardisierung offensichtlich nur bei größter Interessenverletzung und daher lediglich dem gegeben werden, der am härtesten durch die Ehelichkeitsvermutung betroffen wird. Als solcher wird aus einem gewissen patriarchalischen Denken heraus der Ehemann angesehen. Er muß seinen Namen hergeben, sich als Vater des umstrittenen Familienmitgliedes ansprechen lassen und in der Regel dessen Unterhalt bestreiten. Außerdem stehen seine Ehre und die seiner Familie auf dem Spiel. Das betroffene Kind hat demgegenüber ganz zurückzutreten; offenbar wird es als skandalös empfunden, wenn das Kind seiner Mutter in aller Öffentlichkeit Ehebruch vorwerfen könnte. Zum anderen haben zu dieser Regelung auch Interessen der Allgemeinheit und des Staates beigetragen, für die es von Vorteil betrachtet wurde, wenn die Familie möglichst stark und deshalb vor der Einmischung Dritter geschützt wird ¹⁾. Anders zu handeln würde nach Auffassung des Louisiana Supreme Court bedeuten "to strike a heavy blow at the sacredness of family ties, keep honor of the wife and of the children in a condition of constant trepidation, and allow the foundation of society to be at all times exposed to tottering and upturning" ²⁾.

-
- 1) Vgl. bzgl. der Begründung der für Louisiana Vorbild
gewesenen Regelung in Frankreich: Sandmeier S. 64 ff.
2) Succession of Saloy lo S. 872,876 (1892)

2. Einige US-Gerichte sprechen der Ehefrau ein Recht zur Geltendmachung der Unehelichkeit mit großer Entschiedenheit ab ¹⁾, wobei allerdings nicht klar wird, ob dieses Recht damit allein dem Ehemann zugebilligt wird oder jedem beliebigen anderen, nur nicht der Ehefrau.

Begründet wird dieser Ausschluß weniger damit, daß die Ehefrau in geringerem Maße durch die Ehelichkeitsvermutung betroffen ist als ihr Ehemann oder, daß sie sich dem Willen des Mannes als Familienoberhaupt zu fügen habe. Vordergründig sind vielmehr Erwägungen der Moral: "For reasons of public decency and morality a married woman can not say she had no intercourse with her husband, and that her offspring is spurious ..." ²⁾. Sie soll sich nicht auf ihre eigene Schlechtigkeit berufen können ³⁾.

Ähnliche Gründe dürften mitsprechen, wenn einzelne Staaten - darunter auch England - das Recht zur Anstrengung bestimmter Verfahren - nämlich der "bastardy proceedings" - ⁴⁾ lediglich einer

-
- 1) Flint v Pierce 136 N.Y.S. 1056 (New York S.C. Erie County 1912); weitere Nachweise in Kowalski v Wojtkowski 53 ALR 2d 556, 564 f. (New Jersey S.C. 1955) und Anno. 53 ALR 2d 572, 581.
- 2) Zitat in Kowalski v Wojtkowski 53 ALR 2d 556, 564 (New Jersey S.C. 1955); siehe auch 10 C.J.S., Bastards § 15.
- 3) Es spielen hier ähnliche Gründe eine Rolle wie bei der Versagung des Zeugnisrechtes an die Ehefrau, wenn es um die Ehelichkeit ihres Kindes geht, vgl. S. 89 f.
- 4) Bastardy proceeding (vor allem in England auch affiliation proceeding genannt) ist ein Verfahren zur Feststellung der unehelichen Vaterschaft und zur Verurteilung zur Unterhaltsleistung.

"single" oder "unmarried woman" geben ¹⁾ und damit impliziter einer verheirateten Frau die Möglichkeit nehmen, gegen den außerehelichen Erzeuger vorzugehen und dabei inzidenter die Unehelichkeit des Kindes geltend zu machen ^{2) 3)}.

-
- 1) Vgl. Parker v Nothomb 93 N.W. 851 (Nebraska S.C. 1902); Welch v Cliburne 49 S. 184 (Mississippi S.C. 1909); Miller v Anderson 54 Am.Rep. 823 (Ohio S.C. 1885); weitere Nachweise in Anno. 14 ALR 974 ff.
 - 2) Zu beachten ist allerdings folgendes: Obwohl das inzwischen mehrfach geänderte Gesetz für England-Affiliation Proceedings Act 1957, Sec. 1 und 2 (2) (6 & 6 Eliz. 2, c.55) ergänzt durch den Legitimacy Act 1959, Sec. 4 (7 & 8 Eliz. 2, c. 73)-nur von "single woman" spricht, wird es auch auf eine verheiratete Frau angewandt, wenn diese von ihrem Mann gesetzsmäßig getrennt wurde oder wenn sie getrennt von ihrem Mann lebt und durch Ehebruch den Anspruch auf Unterhalt gegen den Ehemann verloren hat, so daß sie praktisch den Status einer ledigen Frau hat; vgl. Jones v Evans 1944 K.B. 582 (King's Bench 1944); auch King v Luffe 103 Eng.Rep. 316 (King's Bench 1807); Queen v Pilkington 118 Eng.Rep. 872 (Queen's Bench 1853); Queen v Collingwood 116 Eng.Rep. 1025 (Queen's Bench 1848). Das gilt natürlich nicht, wenn die Frau den Mann gegen seinen Willen verläßt, vgl. 69 Law Quarterly Review 162 mit Nachweisen.
Auch in den USA werden in manchen Staaten Gesetze, die nur eine "single woman" erwähnen, auf verheiratete Frauen ausgedehnt, vgl. State v Liles 47 S.E. 750 (North Carolina S.C. 1904) und weitere Nachweise in Anno. 14 ALR 974, 977
 - 3) Zur inzidenten Feststellung der Unehelichkeit siehe S.66 ff.

3. In mehreren US-Staaten dürfen kraft gesetzlicher Bestimmung nur die Eheleute und ihre Abkömmlinge die Unehelichkeit einer ehelich geborenen Person geltend machen ¹⁾ ²⁾, in Kalifornien für einen genau umrissenen Fall daneben auch der Staat ³⁾. Hier hat das betroffene Kind als Abkömmling der Mutter ein Geltendmachungsrecht ⁴⁾. Ausgeschlossen sind dagegen beispielsweise der wirkliche Vater des Kindes ⁵⁾, Schwestern, Neffen und Nichten des Ehemannes ⁶⁾, die Eltern des Ehemannes ⁷⁾, mit keinem Elternteil verwandte "legates" ⁸⁾

-
- 1) Vgl. California Civil Code § 195 Satz 1, dessen genauer Wortlaut sich in Fußnote 3 dieser Seite findet; North Dakota Revised Code 1943, Sec. 14-0903; dazu State v Coliton 156 ALR 1403 (North Dakota S.C. 1945); Revised Codes of Montana 1947, Sec. 61-103; dazu In re Wray's Estate 19 P.2d 1051 (Montana S.C. 1933); 10 Oklahoma Statutes Annotated § 3; South Dakota Code 1939, Sec. 14.0302
 - 2) "This is clearly a variation from the common law which permits everyone interested (with the possible exception of the mother or child) to contest the child's legitimacy": Vernier Bd. 4 S. 151
 - 3) California Civil Code § 195 Satz 1: "The presumption of legitimacy can be disputed only by the people of the State of California in a criminal action brought under the provision of Section 270 of the Penal Code, or the husband or wife, or the descendant of one or both of them."
 - 4) Winsette v Winsette 117 P.2d 897 (California District C.o.A. 1941); Serway v Galentine 170 P.2d 32 (California District C.o.A. 1946)
 - 5) Serway v Galentine 170 P.2d 32 (California District C.o.A. 1946)
 - 6) In re McMurray's Estate 300 P. 72 (California District C.o.A. 1931)
 - 7) In re Tinker's Estate 215 P. 779 (Oklahoma S.C. 1923)
 - 8) In re Lee's Estate 253 P. 145 (California S.C. 1927)

und sonstige "Dritte" ¹⁾, nicht aber der Ehemann nach einer Scheidung ²⁾.

Es zeigt sich wiederum ein eindeutiger Schutz der Familie. Wer nicht zum engsten Kreis der Familiengemeinschaft gehört, hat kein Recht, diese anzutasten.

§ 8 Befristung des Geltendmachungsrechtes

Eine Frist, innerhalb derer die Unehelichkeit einer Person geltendgemacht werden muß, andernfalls das Geltendmachungsrecht erlischt, ist dem englisch-amerikanischen Recht mit Ausnahme von Louisiana unbekannt. Die Frage der Ehelichkeit kann zu jedem Zeitpunkt von den Gerichten entschieden werden, sogar noch Jahre nach dem Tod der betreffenden Person ³⁾.

Louisiana hat das Anfechtungsrecht für den Ehemann grundsätzlich auf einen Monat befristet. War der Mann zur Zeit der Geburt des Kindes an einem anderen Ort oder wurde die Geburt vor ihm verborgen, verlängert sich die Frist auf zwei Monate von der Rückkehr bzw. von der Kenntnis der Geburt an gerechnet (Art.191

-
- 1) Beispiele: Re Peacock's Will 212 P. 989 (Oklahoma S.C. 1923); Bonsall v Bonsall 337 P.2d 843 (California District C.o.A. 1959); Gonzales v Pacific Greyhound Lines 214 P.2d 809 (California S.C.1950)
 - 2) Vgl. Garcia v Garcia 306 P.2d 80 (California District C.o.A. 1957)
 - 3) Vgl. In re Grove 40 Ch.D. 216 (England, C.o.A. 1887); Orthwein v Thomas 21 N.E. 430 (Illinois S.C. 1889); Johnson v Johnson's Administrator 77 Am.Dec. 598 (Missouri S.C. 1860); In re Lewis' Estate 240 N.W. 818 (Wisconsin S.C. 1932); auch Guttman in 5 International and Comparative Law Quarterly 217,220

L.C.C.) ¹⁾. Fraglich ist dabei jedoch, wann die einmonatige Frist zu laufen beginnt. Fängt sie an mit dem Tage der Geburt des Kindes oder mit dem Tage, an dem der Ehemann von der Geburt erfährt, oder mit dem Tage, an dem der Ehemann Kenntnis von den Umständen erlangt, die für die Unehelichkeit des Kindes sprechen? Eine Entscheidung darüber liegt, soweit feststellbar, noch nicht vor. Der bloße Gesetzestext spricht wohl für die erste Alternative ²⁾. Demgegenüber befürworten Autoren eine Auslegung zugunsten der zweiten Alternative ³⁾, da sonst die unbillige Situation eintreten könne, dass die Frist verstreicht ohne irgendeine Möglichkeit ihrer Wahrnehmung durch den Ehemann.

Stirbt der Ehemann, ohne sein Anfechtungsrecht ausgeübt oder verloren zu haben, so können seine Erben die Ehelichkeit eines Kindes innerhalb von zwei Monaten kontestieren (contest). Diese Frist berechnet sich von dem Zeitpunkt an, in dem das Kind das Vermögen ("estate of the husband") in Besitz nimmt, oder den Besitz der Erben daran stört (Art. 192 L.C.C.).

Wird die entsprechende Klage beim unzuständigen Gericht eingelegt, so wird die Frist bis zur Abweisung

1) Art. 191 L.C.C.: "In all cases above enumerated, where the presumption of paternity ceases, the father, if he intends to dispute the legitimacy of the child, must do it within one month, if he be in the place where the child is born, or within two months after his return, if he be absent at that time, or within two months after the discovery of the fraud, if the birth of the child was concealed from him, or he shall be barred from making any objection to the legitimacy of such child."

2) Vgl. Wortlaut des Art. 191 L.C.C. in Fußnote 1 dieser Seite

3) Vgl. Brouillette in 13 Louisiana Law Review 587, 598

der Klage unterbrochen ¹⁾. Ist die Frist ungenutzt verstrichen, so erlischt jedes Recht, die Unehelichkeit einer Person geltend zu machen (Art. 191 L.C.C.) ²⁾.

§ 9 Erlöschen des Geltendmachungsrechtes

Für das Erlöschen des Geltendmachungsrechtes gelten die allgemeinen Grundsätze vom Erlöschen von Rechten überhaupt. Auf diese Regeln kann in dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden. Erwähnt sei aber neben dem schon oben genannten Erlöschen durch Fristablauf vor allem das Erlöschen durch Verzicht. Dieser wird anerkannt, unabhängig davon, ob er ausdrücklich oder stillschweigend erfolgte ³⁾ ⁴⁾. Im übrigen sei besonders auf die Grundsätze des "estoppel" ver-

1) Kuhlman v Kuhlman 68 S. 604 (Louisiana S.C. 1915)

2) Vgl. Elói v Mader 38 Am.Dec. 192 (Louisiana S.C. 1842); Kuhlman v Kuhlman 68 S. 604 (Louisiana S.C. 1915); weitere Nachweise in Anno. 53 ALR 2d 572, 578

3) "If the father renounces the right to bastardize his alleged son, either expressly or tacitly, it is extinguished ...", Byrd v Travelers Insurance Co. 275 S.W.2d 861, 863 (Texas C.O. Civil A. 1955); vgl. auch Re Barth 91 ALR 408 (Louisiana S.C. 1934)

4) Fraglich ist, ob der Ehemann sein Recht zur Geltendmachung der Unehelichkeit seines Kindes verliert, wenn er der heterologen künstlichen Insemination bei seiner Frau zugestimmt hat. Zumindest in England steht fest, daß der Ehemann in diesen Fällen für das Kind unterhaltspflichtig ist und insoweit die Unehelichkeit des Kindes nicht geltend machen kann. Vgl. Nachweise bei Giesen S. 126 und vor allem den Matrimonial Proceedings Act 1960, Sec. 1 und 16 (8 & 9 Eliz. 2, c. 48), wonach der Ehemann zum Unterhalt jedes Kindes verpflichtet ist, das von ihm "as one of the family" anerkannt wurde. Als eine solche Anerkennung wird die Zustimmung zur heterologen Insemination gewertet.

wiesen ¹⁾, die unter gewissen Umständen die Ausübung des Rechtes zur Geltendmachung der Unehelichkeit verbieten ²⁾.

§ 10 Verfahren der Geltendmachung der Unehelichkeit

Eine in der Ehe geborene oder gezeugte Person kann sich nach dem englisch-amerikanischen Recht solange als eheliche behandeln lassen, bis ihre Unehelichkeit von einer zuständigen Stelle für bestimmte Personen oder für jedermann bindend festgestellt worden ist. Für solche bindende Feststellungen kommen nur das Parlament und die Gerichte in Frage.

I. Verfahren vor dem Parlament

1. Es entspricht der Vorstellung von der Allzuständigkeit des englischen Parlaments, daß es in seiner Macht steht, einzelne Personen, auch z.B. alle Kinder einer Ehe, für unehelich zu erklären. Das

1) Der für das englisch-amerikanische Recht sehr wichtige Begriff des "estoppel" läßt sich nicht durch einen entsprechenden im deutschen Recht ersetzen. Dies Institut hat Ähnlichkeit mit der Verwirkung und des venire contra factum proprium im deutschen Recht.

Im einzelnen sei verwiesen auf Weissenstein S. 67; Halsbury Bd. 15 S. 168 ff. und 19 Am.Jur., Estoppel.

2) Vgl. Anderson v Anderson 5 P.2d 881 (California S. C. 1931); Orthwein v Thomas 21 N.E. 430 (Illinois S.C. 1889); in gewisser Weise auch Gossett v Ullendorff 154 S. 177 Louisiana S.C. 1934)

ist auch mehrfach durch ein Gesetz (act) geschehen ¹⁾, wenn sich auch für die neuere Zeit keine Beispiele mehr finden lassen. Der Brauch verlangt aber bei der Bastardisierung die Gewährung rechtlichen Gehörs ²⁾.

2. Ähnliches könnte in einigen amerikanischen Staaten zu gelten haben. Mir ist jedoch nicht gelungen, einen einzigen Fall dazu nachzuweisen ³⁾. Es sprechen auch erhebliche Bedenken gegen eine entsprechende Vollmacht der US-Parlamente. Denn zunächst ist die Idee der Gewaltenteilung in den USA viel stärker ausgeprägt als in England ⁴⁾ und daher dem Parlament mehr reine gesetzgeberische und keine richterliche Tätigkeit überwiesen. Des weiteren finden sich in den Verfassungen zahlreicher US-Staaten Bestimmungen, die Gesetze ablehnen, die auf einen speziellen Fall abgestellt sind vor allem, wenn sie Nachteile bringen können ⁵⁾.

-
- 1) 28 Henry 8, c. 7 (1536), hier wurden die beiden Töchter des Königs für illegitim erklärt; dieser und weiterer Nachweis bei Halsbury Bd. 3 S. 98
- 2) Hewat's Divorce Bill 12 A.C. 312 (House of Lords 1887), hier wurde ein Teil aus der Divorce Bill gestrichen, der ein Kind bastardisierte, ohne es anzuhören. Siehe auch Halsbury Bd. 3 S. 98
- 3) Nur der Hinweis in Vernier Bd. 4 S. 187 läßt eine der englischen gleiche Möglichkeit der amerikanischen Parlamente vermuten.
- 4) Vgl. z.B. Art. 3 Sec. 1 der US-Verfassung
- 5) Vgl. bei Vernier Bd. 4 S. 187

Jedenfalls kommt diesem Verfahren vor dem Parlament in den USA keine praktische Bedeutung zu. Anders ist es mit dem Verfahren vor Gericht.

II. Verfahren vor Gericht

In den USA und England liegt es grundsätzlich den Gerichten ob, über die Ehelichkeit zu entscheiden. Behörden sind dafür - soweit erkennbar - nicht zuständig. Das gilt auch, wenn über die Ehelichkeit einer schon verstorbenen Person zu befinden ist ¹⁾.

Allerdings fehlen - von seltenen Ausnahmen abgesehen - Sonderbestimmungen über das Vorgehen bei der Geltendmachung der Unehelichkeit. Die Gerichte können grundsätzlich entweder mittelbar oder unmittelbar über die Unehelichkeit einer Person befinden.

1. Mittelbare Entscheidung über die Unehelichkeit

Mittelbar über die Unehelichkeit wird dann entschieden, wenn die Ehe der Eltern für von Anfang an nichtig erklärt wird ²⁾. Kinder aus dieser "Ehe" werden damit automatisch unehelich, auch wenn sie nicht im

1) Vgl. die Beispiele in Fußnote 3 S. 59

2) Vgl. England: Perry v Meddowcroft 50 Eng.Rep. 529 (Rolls Court 1846) ⁴; R.E.L. (Otherwise R.) v E.L. 1949 Pr. 211 (Divorce Division 1948) ⁴; auch Harrison v Southampton 43 Eng.Rep. 459 (C.o.A. in Chancery 1853).
USA: siehe Adams v Adams 28 N.E. 260 (Massachusetts S. Judicial C. 1891) und Re Gilbert 27 ALR 1117 (New York C.o.A. 1923), in denen die Nichtigkeit der Ehe eine legitimatio per subsequens matrimonium ausschloß. Dazu Anno. 27 ALR 1121 f.. Im übrigen auch Henley v Foster 125 S. 662 (Alabama S.C. 1930)

Prozess vertreten waren ¹⁾. Solche Fälle sind sehr selten geworden, nachdem - wie schon oben ausgeführt - neuzeitliche Gesetze solche Kinder für ehelich erklären ²⁾.

Ähnlich liegen die Dinge, wenn an ein Urteil von Gesetzes wegen die Folge der Unehelichkeit geknüpft wird. Das ist zum Beispiel für Scheidungen geschehen, die darauf begründet werden, daß die Ehefrau im Zeitpunkt der Heirat eine Schwangerschaft verheimlicht hat, die von einem anderen als ihrem Ehemann herrührte ³⁾. Das Scheidungsurteil ist dann zugleich eine jedermann bindende Entscheidung über die Ehelichkeit des betroffenen Kindes ⁴⁾. Auch das Kind ist gebunden, selbst wenn

-
- 1) Dem Kind wird aber zu seinem Schutz das Recht zugestanden, solch ein "annulment decree" zumindest wegen Kollusion (collusion and fraud) anzufechten (impeach), vgl. Henley v Foster 125 S. 662 (Alabama S. C. 1930) und Perry v Meddowcroft 50 Eng. Rep. 529 (Rolls Court 1846)
 - 2) Vgl. oben S. 2 f.
 - 3) Vgl. z.B. Kentucky Revised Statutes 406.010(2); Code of Alabama 1940, Tit. 34 § 34; Georgia Code Annotated Sec. 74-101 Satz 4
 - 4) "The statute makes the judgment in the divorce proceeding conclusive of the question of legitimacy, and precludes the child from thereafter litigating that question": Richardson v Borders 87 ALR 196, 199 (Kentucky C.O.A. 1932). Zugrunde lag der Entscheidung Sec. 166 der damaligen Kentucky Statutes, die mit der Sec. 406.010(2) der heutigen Kentucky Revised Statutes übereinstimmt und folgenden Wortlaut hatte: "Every child shall be deemed a bastard ... in cases where a woman shall have been divorced from her husband on the ground of her being pregnant by another man at the time of her intermarriage, and having concealed her pregnancy from her husband, the child of which she was thus pregnant shall be deemed a bastard for all purposes whatever." Vgl. auch Bromley S. 298

es nicht im Verfahren vertreten war und daher seine Interessen nicht wahren konnte ¹⁾. Diese letzte Folge soll jedoch gegen die "constitutional guaranties of due process and equal protection of the law" verstoßen, weshalb die Rechtmäßigkeit solcher Gesetze umstritten ist ²⁾.

2. Unmittelbare Entscheidung über die Unehelichkeit

Unmittelbare Entscheidungen über die Unehelichkeit gibt es vor allem in zwei Formen: Einmal in einem Verfahren, in dem sich die Frage der Unehelichkeit beiläufig stellt, zum anderen in einer Klage, deren alleiniges Ziel es ist, eine entsprechende Feststellung zu erhalten.

a. Beiläufige Feststellung der Unehelichkeit

Die Frage, ob eine in der Ehe geborene oder gezeugte Person ehelich ist oder nicht, kann im Verlauf zahlreicher Klagen als wichtige Vor- oder Nebenfrage auftauchen. Die englisch-amerikanischen Gerichte lassen in diesen Fällen die Geltendmachung der Un-

-
- 1) Dem Kind verbleibt lediglich das allgemeine Recht, das Urteil wegen Kollusion anzufechten. Siehe Fußnote 1 S. 65
 - 2) Vgl. die dissenting opinion des Justice Willis in *Richardson v Borders* 87 ALR 196, 202 (Kentucky C.o. A. 1932): "When the status, rights, liberties, or immunities of any man depend upon a fact asserted, due process requires a judicial inquiry as to the existence of that fact, with the right to adduce proof, to be heard, and to have the unfettered judgment of a judicial tribunal." Siehe auch Anno. 87 ALR 203, 205 f. und 7 Am.Jur., Bastards § 12

ehelichkeit zu und prüfen - ohne ein besonderes Verfahren zu verlangen - beiläufig die Ehelichkeit. Nur Louisiana schreibt eine Klage zur Anfechtung der Ehelichkeit in der action en désaveau vor. Diese einzig dastehende Regelung soll daher in den folgenden Ausführungen unberücksichtigt bleiben und in einem eigenen Kapitel behandelt werden.

Beispiele der beiläufigen Entscheidung über die Ehelichkeit sind unübersehbar. Sie finden sich vor allem in Prozessen auf Annullierung der Ehe (action for annulment) ¹⁾, Scheidung (divorce) ²⁾, Ehetrennung (separation) ³⁾, Feststellung des Erziehungsberechtigten (custody) ⁴⁾, Unterhalt

-
- 1) Wegen Verbergen der Schwangerschaft bei Eheschluß: McCulloch v McCulloch 5 Am.St.Rep. 96 (Texas S.C. 1888); Kingsbury v Kingsbury 75 N.Y.S.2d 699 (New York, S.C. Monroe County 1947); Vorvilas v Vorvilas 31 N.W.2d 586 (Wisconsin S.C. 1948).
Wegen wissentlich falscher Unterrichtung des Ehemannes bei der Heirat, daß das zu erwartende Kind von ihm stamme: Yanoff v Yanoff 211 N.W. 735 (Michigan S.C. 1927); Shatford v Shatford 217 S.W.2d 917 (Arkansas S.C. 1949).
 - 2) Wegen Verbergen der Schwangerschaft bei Eheschluß: Wallace v Wallace 126 Am.St.Rep. 253 (Iowa S.C. 1908); Needham v Needham 299 S.W. 832 (Missouri, St. Louis C.o.A. 1927); Clift v Clift 288 S.W.2d 343 (Kentucky C.o.A. 1956).
Wegen Ehebruchs: Foglio v Foglio 176 N.Y.S.2d 43 (New York, S.C. Westchester County 1958); Parsons v Parsons 253 P.2d 914 (Oregon S.C. 1953);
weitere Nachweise in Anno. 65 ALR 2d 1381 ff.
 - 3) Foglio v Foglio 176 N.Y.S.2d 43 (New York, S.C. Westchester County 1958), darin allerdings Gegenklage auf Scheidung.
 - 4) Harrison v Harrison 1951 Pr. 476 (England, Divorce Division 1951); Ex parte Thompson 251 P. 163 (Montana S.C. 1926)

(bastardy oder affiliation proceedings) ^{1) 2)}, in Erbschaftsprozessen ³⁾ und auch in Strafverfahren ^{4) 5)}.

-
- 1) King v Luffe 103 Eng.Rep. 316 (England, King's Bench 1807); Laumeier v Laumeier 32 ALR 654 (New York C. o.A. 1924); Clark v State 57 ALR 2d 718 (Maryland C.o.A. 1955)
 - 2) Solche Verfahren werden teilweise als Strafverfahren aufgefaßt; vgl. dazu 7 Am.Jur., Bastards §§ 80 f.
 - 3) Re Bischoffsheim 1948 Ch. 79 (England, Chancery Division 1947); Adams v Adams 28 N.E. 260 (Massachusetts S. Judicial C. 1891); Jacobs v Jacobs 225 S.W. 22 (Arkansas S.C. 1920); Stillie v Stillie 244 P. 844 (Kansas S.C. 1926); Stevenson v Washington's Admr. 21 S.W.2d 247 (Kentucky C.o.A. 1929); Cox v Colbert 275 P. 317 (Oklahoma S.C. 1929); Ryke v Ream 234 N.W. 196 (Iowa S.C. 1931); In re Asbury's Estate 163 P.2d 913 (Oklahoma S.C. 1943); Re Ruff 175 ALR 370 (Florida S.C. 1947)
 - 4) Z.B. wegen "child abandonment": Schmidt v State 194 N.W. 679 (Nebraska S.C. 1923); Stephens v State 57 S.E.2d 493 (Georgia C.o.A. 1950); oder wegen "non-support of a child": People v Kovacevich 65 P.2d 807 (California District C.o.A. 1937); vgl. auch People v Connell 136 N.Y.S. 912 (New York S.C. Appellate Division 1912); State v Shaw 94 A. 434 (Vermont S.C. 1915) und California Civil Code § 195 in Verbindung mit Penal Code Sec.270
 - 5) Hinsichtlich anderer zum Teil berühmter Fälle vgl. Goodright, on the Demise of Tompson v Saul 100 Eng.Rep. 1062 (King's Bench 1791); Poulett Peerage Case 1903 A.C. 395 (House of Lords 1903); Burnaby v Baillie 42 Ch.D. 282 (Chancery Division 1889); King v Kea 103 Eng.Rep. 954 (King's Bench 1809); Byrd v Travelers Insurance Co. 275 S.W.2d 861 (Texas C.o.Civil A. 1955)

Wie aus der umfangreichen Rechtsprechung hervorgeht, sind die Gerichte immer dann, wenn sie für eine Entscheidung in der Hauptsache zuständig sind, auch zuständig für eine erforderliche Entscheidung über die Ehelichkeit, es sei denn, durch Gesetz sei etwas anderes ausdrücklich bestimmt ¹⁾. Wird allerdings der Klage in der Hauptsache nicht stattgegeben oder wird sie abgewiesen, so kann das Gericht nicht unbedingt isoliert über die Frage der Vaterschaft bzw. der Ehelichkeit urteilen ²⁾. Einzelne Gesetze geben gewissen Gerichten ausdrücklich die Befugnis, im Zusammenhang mit einer anderen Sache über die Ehelichkeit

-
- 1) "Long before 1858, and also since, the courts of this country have habitually decided questions of legitimacy, whenever they arise, ...": M.v.M. 1946 Pr. 31,34 (England, Divorce Division 1945). Wright v Hicks 56 Am.Dec. 451,456 (Georgia S.C. 1852): "We adhere ... that either in a civil suit or on a criminal prosecution, by the evidence of non-access or other testimony, the presumption of the legitimacy of the offspring may be rebutted." Vgl. auch Knowles v A.-G. 1951 Pr. 54,63 (England, High C.o.Justice 1950); In re Lentz 283 N.Y.S. 749, 750 f. (New York S.C. Appellate Division 1935); Harrington v Grieser 48 N.W.2d 753,755 (Nebraska S.C. 1951) und Laumeier v Laumeier 32 ALR 654,659 (New York C.o.A. 1924): "The defendant in this action says that he is not the father of the child, and he desires to litigate this issue. There is nothing to prevent him litigating it in this case. The plaintiff sues for the money which she has expended in his behalf in supporting his child, and the whole action is predicated upon the assumption that it is his child, and that the primary duty of supporting it rests upon him. If it be not his child, he, of course, is not under obligation to support it, and the plaintiff cannot succeed. If the paternity of the young boy be an issue in this case, raised appropriately by the defendant's answer, it will be one of the issues to be determined in the action." Vgl. auch Anno. 65 ALR 2d 1381,1383 ff.
- 2) Vgl. Harris v Shelton 107 S.E. 842 (Georgia S.C. 1921); Stillman v Stillman 148 N.E. 518 (New York, S.C. Putnam County 1922)

einer Person zu entscheiden ¹⁾.

Im übrigen wird über den Status der Ehelichkeit auch dann geurteilt, wenn die betreffende Person nicht vor Gericht vertreten ²⁾ oder schon gestorben ist ³⁾. Einige US-Gerichte ziehen allerdings Kinder, um deren Ehelichkeit es geht, zum Verfahren hinzu oder ernennen einen "guardian ad litem" für sie ⁴⁾.

1) Das gilt vor allem bei "bastardy proceedings" und Klagen auf "divorce", "separation" oder "annulment". Z.B. New York Civil Practice Act § 1157: "Where the action for divorce is brought by the husband, the legitimacy of a child born or begotten before the commission of the offense charged is not affected by a judgment dissolving marriage; but the legitimacy of any other child of the wife may be determined as one of the issues in the action." Dazu Ohms v Ohms 137 N.Y.S.2d 397 (New York S.C. Appellate Division 1955); auch Cross v Cross 23 Am.Dec. 778 (New York C.o. Chancery 1832). Weiterhin Vernon's Annotated Civil Statutes of Texas Art. 4639 a oder Wisconsin Statutes Sec. 328.39(1); dazu Shewalter v Shewalter 49 N.W.2d 727 (Wisconsin S.C. 1951). Hinsichtlich annulment-Klagen siehe New York Civil Practice Act § 1135; dazu Johnson v Johnson 59 N.Y. S.2d 698 (New York S.C. Appellate Division 1946) und Nitschke v Nitschke 195 N.Y.S.2d 224 (New York, S.C. Queens County 1959). Weitere Nachweise in Anno. 65 ALR 2d 1381, 1387 ff.

2) Vgl. dictum in M. v M. 1946 Pr. 31, 34 (England, Divorce Division 1945); weiterhin Fußnote 2 S. 72

3) Vgl. Fußnote 3 S. 59

4) Nachweise in Anno. 65 ALR 2d 1381, 1392; vgl. demgegenüber z.B. Langel v Langel 175 N.E.2d 312, 315 f. (Ohio C.o.A. 1960), wo festgestellt wird, daß es für Ohio nicht üblich sei, Kinder zu dem Scheidungsverfahren ihrer Eltern hinzuzuziehen.

Wenn nun in einem Verfahren incidenter über die Ehelichkeit einer Person entschieden wird ¹⁾, dann ist hierüber nur in personam entschieden, d.h. es werden nur die Parteien und ihre "privies" ²⁾ gebunden. Die Feststellung ist nicht "binding upon all the world" ³⁾.

-
- 1) D.h., es muß ein mittelbarer oder unmittelbarer Ausspruch im Urteil darüber erfolgt sein oder die Feststellung muß eine notwendige Voraussetzung für das Urteil gewesen sein. Vgl. dazu *In re Julian's Estate* 334 P.2d 432 (Kansas S.C. 1959) und *Garcia v Garcia* 306 P.2d 80,84 (California District C.o.A. 1957): "Matters put in issue are concluded although not expressly mentioned in the judgment, if it determines them by necessary implication."

Beispiele, in denen eine tatsächliche Entscheidung bejaht wurde: *Arnold v Arnold* 249 P.2d 734 (Oklahoma S.C. 1952); *Savage v Purcell* 9 S.W.2d 823 (Missouri, Springfield C.o.A. 1928); *Byrd v Travelers Insurance Co.* 275 S.W.2d 861 (Texas C.o.Civil A. 1955); *Lindsay v Lindsay* 1934 Pr. 162 (England, Divorce Division 1934).

Nicht immer liegt eine wirkliche Entscheidung vor: vgl. *Sayles v Sayles* 4 ALR 2d 564 (Massachusetts S. Judicial C. 1948); *Devereaux v Devereaux* 354 P.2d 1015 (Colorado S.C. 1960); *Quinones v Quinones* 57 N.Y.S.2d 371 (New York 1945); *Commonwealth ex rel. Moska v Moska* 162 A. 343,344 (Pennsylvania Superior C. 1932); "The issues of adultery and illegitimacy of a child are separate and distinct ..."
Weitere Nachweise in Anno. 65 ALR 2d 1381,1394 f., auch 1391 f.

- 2) Zum Begriff der privies *Black's Law Dictionary* S. 1359 (mit Nachweisen): "Privies", in the sense that they are bound by the judgment, are those who acquired an interest in the subject-matter after the rendition of the judgment."
- 3) *Ryke v Ream* 234 N.W. 196 (Iowa S.C. 1931); *Re Forney* 24 ALR 553 (Nevada S.C. 1919); *Schlenker v Fardon* 1953 N.E. 113 (Ohio C.o.A. 1926); *Savage v Purcell* 9 S.W.2d 823 (Missouri C.o.A. 1928); *State ex rel. Bentley v Frenger* 291 P. 1089 (Washington S.C. 1930); *In re Rowe's Estate* 141 P.2d 832 (Oregon S.C. 1943). Auch *Limberg v Limberg* 102 N.W.2d 103 (Wisconsin S.C. 1960); *People v Kovacevich* 65 P.2d 807 (California District C.o.A. 1937) und *Knowles v A.-G.* 1951 Pr. 54 (England, High C.o.Justice 1950). Weitere Nachweise in Anno. 37 ALR 2d 836; Anno. 65 ALR 2d 1381,1395 ff.; *Halsbury Bd.* 15 S. 180; *Bromley* S. 298 und Fußnote 2 S. 72

"In cases between individuals ... where the status is merely incidentally in issue, a judgment, which, among other things, also fixes the status of one or both parties, is not admissible as evidence of that fact as against strangers to that judgment" ¹⁾. Daraus folgt u.a., daß eine nicht vor Gericht vertretene Person, über deren Ehehchkeit befunden wurde, nicht durch die Entscheidung irgendwie gebunden ist ^{2) 3)}. Das Kind gilt insoweit nicht als "privy"

-
- 1) Hilton v Snyder 108 P. 698,699 (Utah S.C. 1910)
 - 2) "Without the presence of ... (X) through due service of process upon him, and without framing an issue involving his status, the decree, even though it had purported to adjudicate his status, would obviously as to him have been an utter nullity": Ryke v Ream 234 N.W. 196,197 f. (Iowa S.C. 1931); In re Cogan's Estate 64 N.W.2d 454,457 (Wisconsin S.C. 1954): "Had that question (die Frage der Ehehchkeit des "petitioner") been in issue, due process would have required a judicial inquiry as to the existence of that fact with the right of the petitioner to be given notice, to be heard, to adduce proof, and to have a direct judgment thereon by the court." Vgl. außerdem In re Walker's Estate 168 P. 689,693 (California S.C. 1919); Re Barth 91 ALR 408,413 (Louisiana S.C. 1934); Shatford v Shatford 217 S.W.2d 917 (Arkansas S.C. 1949); In re Julian's Estate 334 P.2d 432 (Kansas S.C. 1959); Gonzales v Pacific Greyhound Lines 214 P.2d 809 (California S.C. 1950) und auch Daniels v Daniels 300 P.2d 335 (California District C.o.A. 1956). Weitere Nachweise in Anno. 65 ALR 2d 1381, 1397 ff. und Anno. 87 ALR 203,205 ff.
 - 3) Dabei läßt Kalifornien im Widerspruch zur "doctrine of mutuality of estoppel" zu, daß sich das Kind auf ein Urteil berufen kann, das ohne seine Anhörung über seine Ehehchkeit entschieden hat, während andererseits dieses Urteil dem Kinde gegenüber nicht geltend gemacht werden kann; vgl. Garcia v Garcia 306 P.2d 80 (California District C.o.A. 1957)

der Eltern ¹⁾. Auch ist eine solche inzidente Feststellung der Unehelichkeit nicht unbedingt für ein höheres Gericht bindend ²⁾. Von einer echten Statusänderung kann daher hier nicht gesprochen werden.

b. Klage mit dem alleinigen Ziel der Feststellung der Unehelichkeit

aa. England

In England kann die Unehelichkeit einer Person in einer anderen als der oben beschriebenen Weise nur geltend gemacht werden, wenn das Gesetz es ausdrücklich zuläßt ³⁾. Das ist nur begrenzt geschehen.

-
- 1) Shatford v Shatford 217 S.W.2d 917 (Arkansas S.C. 1949); vgl. auch Ryke v Ream 234 N.W. 196 (Iowa S.C. 1931)
 - 2) Siehe z.B. Primavera v Primavera 90 N.Y.S.2d 731 (New York City, Domestic Relations Court 1949), worin das Gericht zum Ausdruck brachte, daß seine Entscheidung in einer Unterhaltsklage über die Frage der Vaterschaft den S.C. in einer Klage auf divorce oder separation zwischen denselben Parteien nicht binden würde. Dasselbst weitere Nachweise. Vgl. auch Anno. 147 ALR 196,225 f.
 - 3) Vgl. Halsbury Bd. 22 S. 750: "A declaration as to legitimacy will not be made except under the court's statutory powers". Siehe auch Halsbury Bd. 3 S. 99 und 101. Im übrigen Knowles v A.-G. 1951 Pr. 54,63 (High C.O. Justice 1950): "... the court will not lightly embark upon making a declaration binding in rem except where it is specifically authorised by statute."

Der Wunsch nach einem Verfahren, in dem Zweifel über die Ehelichkeit einer Person ein für allemal beseitigt werden können, führte 1859 lediglich zu dem Legitimacy Declaration Act ¹⁾, der heute durch den Matrimonial Causes Act von 1950 ²⁾ in der Fassung vom 29. Juli 1959 ³⁾ ersetzt ist. Danach kann u.a. jede Person, welche britischer Untertan ist oder deren Recht, als britischer Untertan zu gelten, ganz oder teilweise von ihrer Ehelichkeit abhängt, die eigene Ehelichkeit auf Antrag gerichtlich feststellen lassen. Voraussetzung hierfür ist, daß die Person in England oder in Nordirland ihren Wohnsitz hat oder in England gelegenes bewegliches oder unbewegliches Gut in Anspruch nimmt.

Der Antrag (petition) ist gem. Sec. 17 (1) Matrimonial Causes Act darauf zu richten festzustellen, daß der Antragsteller das eheliche Kind seiner Eltern ist. Demnach ist ein Antrag auf Feststellung der Unehelichkeit unzulässig. Trotzdem kann u.U. in diesem Verfahren auch die Unehelichkeit des Antragstellers verbindlich festgestellt werden. Stellt sich nämlich die Unehelichkeit des Antragstellers heraus und entscheidet daher das Gericht, daß die Ehelichkeit nicht festzustellen sei, so ist damit bindend über die Unehelichkeit ent-

1) 21 & 22 Vict. c. 93

2) 14 Geo. 6, c. 25

3) 7 & 8 Eliz. 2, c. 73

schieden ¹⁾. Allerdings kann Klarheit über die Ehelichkeit eines anderen als des Antragstellers auf diesem Wege nicht erreicht werden ²⁾.

Der Antrag ist beim High Court of Justice anzubringen und gegen den Attorney General als Vertreter der Krone zu richten ³⁾. Bei einem Antragsteller unter sieben Jahren (infant), wird ein Vertreter (guardian ad litem) ernannt. Minderjährige zwischen sieben und einundzwanzig Jahren (minors) können ihren Vertreter selbst aussuchen, der allerdings vom Gericht gebilligt werden muß. Er darf vor allem nicht an der Unehelichkeit des Kindes interessiert sein ⁴⁾. Innerhalb

1) Eine einschlägige Entscheidung dazu war mir nicht zugänglich. Vgl. aber die Bemerkung bei Halsbury Bd. 3 S. 103: "A decree made for a legitimacy declaration, declaring the legitimacy or illegitimacy of the petitioner, ..."; auch Knowles v Attorney General 1951 Pr. 54,59 (High C.o.Justice 1950), wo der Vertreter für den Attorney General ausführte: "... if such a petition fails it establishes illegitimacy". Auch in Russel v Russel 1924 A.C. 687,701 (House of Lords 1924).

Im übrigen entspricht dieses Ergebnis der englisch-amerikanischen Rechtsauffassung, wonach die Feststellungsklage ein "judicium dublex" ist. Vgl. dazu 16 Am.Jur., Delaratory Judgments § 72 mit Nachweis; auch Weissenstein S. 49 oben.

2) Vgl. Mansel v Attorney General 2 F.D. 265 (High C.o. Justice 1877); Re Chaplin's Petition 1 P. & D. 328 (Matrimonial Causes C. 1867)

3) Matrimonial Causes Act Sec. 17 (6)

4) Re Chaplin's Petition 1 P. & D. 328 (Matrimonial Causes C. 1867)

einer probate-Klage kann der Antrag nicht gestellt werden ¹⁾.

Das Urteil bindet allerdings nur die Parteien bzw. Geladenen ²⁾, womit auch hier streng genommen keine für und gegen alle wirkende Entscheidung vorliegt ³⁾. Jedoch kommt sie in ihrer Wirkung einer solchen sehr nahe, da die Krone Partei ist und normalerweise alle an der Frage der Ehelichkeit Interessierten beige-laden werden ^{4) 5)}.

Neben dieser begrenzten Möglichkeit gibt es in England keine andere zur Geltendmachung der Unehelichkeit in einem eigenen Verfahren ⁶⁾.

-
- 1) Warter v Warter 15 P.D. 35 (Probate Division 1890)
 - 2) Matrimonial Causes Act Sec. 17(5): "... the decree shall be binding on His Majesty and all other persons whatsoever:
Provided that the decree of the court shall not pre-judice any person -
(a) if it is subsequently proved to have been obtained by fraud or collusion; or
(b) unless that person has been cited or made a party to the proceedings or claims through a person so cited or made a party."
 - 3) So ausdrücklich auch Halsbury Bd. 15 S. 181
 - 4) Matrimonial Causes Act Sec. 17(7); siehe auch Bromley S. 299
 - 5) Daraus wird sich erklären, daß Judge Willmer in Knowles v A.-G. 1951 Pr. 54,63 (High C.o.Justice 1950) von einer Entscheidung in rem spricht.
 - 6) So führt Halsbury Bd. 3 S. 99 aus: "Where, however, no ... right or claim is involved, the court will not entertain the question of a person's legitimacy on the application of any one but himself, and the only way in which proceedings can be taken to determine the question is by a petition to the High Court for a declaration of legitimacy ..."
Vgl. auch Knowles v Attorney General 1951 Pr. 54 (High C.o.Justice 1950)

bb. USA ohne Louisiana

Auch in den USA bedürfen Verfahren, die lediglich auf die Klärung der Frage der Ehelichkeit einer Person gerichtet sind, im allgemeinen einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Solche gesetzlichen Ermächtigungen bestehen in verschiedener Art, wenn auch keine allein und speziell auf Bastardisierungen abgestellt ist.

In Kalifornien zumindest gibt es eine Klage zur Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des Kind-Eltern-Verhältnisses. So bestimmt § 231 des Civil Code: "An action may be brought for the purpose of having declared the existence or nonexistence between the parties of the relation of parent and child, by birth or adoption." ¹⁾

Häufiger finden sich Vorschriften für eine Klage zur unabhängigen Feststellung der Vaterschaft eines außerhalb einer Ehe geborenen Kindes (a child born out of wedlock, out of lawful matrimony) ²⁾. Hierbei geht es hauptsächlich darum, für ein außereheliches Kind einen Unterhaltspflichtigen zu bestimmen. Da diese Verfahren in manchen Staaten auch von verheirateten Frauen angestrengt werden können ³⁾, kann auf diesem Wege auch die Unehelichkeit einer in einer Ehe geborenen oder gezeugten Person geltend gemacht werden ⁴⁾. Die

1) Vgl. auch Arizona Revised Statutes 1956, §§ 12-621, 622 i.V.m. In re Hindi 222 P.2d 991 (Arizona S.C. 1950).

2) Vgl. den von vielen Staaten angenommenen Uniform Illegitimacy Act.

3) Evans v State 75 N.E. 651 (Indiana S.C. 1905); State v Coliton 156 ALR 1403 (North Dakota S.C. 1945); weitere Nachweise in Anno. 14 ALR 974 ff. und Anno. 156 ALR 1411 f.

4) Der Ausdruck "born out of wedlock (out of lawful matrimony)" wird hier im tatsächlichen Sinn verstanden: "A married woman giving birth to an illegitimate child, begotten by one other than her husband, has a child born out of wedlock, for she is not married to its father", State v Coliton 156 ALR 1403, 1409 (North Dakota S.C. 1945)

Möglichkeit solcher Prozesse schließt übrigens eine inzidente Entscheidung über die Ehelichkeit innerhalb von Verfahren nicht aus, in denen die Frage der Ehelichkeit nur beiläufig auftritt ¹⁾.

Soweit erkennbar, werden allerdings durch die oben genannten Feststellungsurteile wiederum nur die Parteien und ihre "privies" ²⁾ gebunden ³⁾.

Zu nennen sind schließlich die Feststellungsklagen, die in Anlehnung an den Uniform Declaratory Judgments Act ⁴⁾ heute in den meisten US-Staaten zugelassen werden ⁵⁾.

Dieser insofern zum Vorbild gewordene Akt sagt in seinem § 5 folgendes:

"Courts of record within their respective jurisdiction shall have power to declare rights, status, and other legal relations whether or not further relief is or could be claimed ..." ⁶⁾. Danach kann der

1) Vgl. Gambill v Gambill 207 P. 557 (Oklahoma S.C. 1928) oder Timmerman v Timmerman 65 ALR 2d 1372 (Nebraska S.C. 1957)

2) Zum Begriff der "privies" siehe Fußnote 2 S. 71

3) Vgl. z.B. Anno. 37 ALR 2d 836 ff.

4) Ein Gesetzesmuster der Kommission zur Rechtsvereinheitlichung in den USA (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws)

5) Vgl. 16 Am.Jur., Declaratory Judgments § 2 und Anno. 12 ALR 52

6) Vgl. auch den inhaltlich ähnlichen Federal Declaratory Judgments Act (28 U.S.C. § 400)

"status" einer Person durch das Gericht bindend festgestellt werden, also auch der Status der ehelichen bzw. unehelichen Abstammung ¹⁾ ²⁾.

Umstritten ist allerdings, ob ein Feststellungsurteil auch verlangt werden kann, wenn der erstrebte Erfolg auf anderem Wege erreicht werden könnte. Der Uniform Declaratory Judgments Act macht diesbezüglich keine Einschränkungen, weshalb auch eine Reihe von US-Staaten ein declaratory judgment erlassen, wenn "other ade-

-
- 1) Z.B. Miller v Currie 242 N.W. 570,572 (Wisconsin S.C. 1932): "Apparently the complaint was drafted for the sole purpose of determining whether or not a question of status (gemeint ist der Status der Ehelichkeit) could be determined under the Declaratory Judgments Act independent of any controversy relating to other rights. Subject to the limitations indicated above, it must be held that such an action might properly be entertained by a court."

Vgl. auch Serralles v Viader 148 N.Y.S.2d 272,275 (New York, S.C. New York County 1955): "That this action is properly brought for the declaration of the relationship of non-parentage, and thus within the orbit of section 473, Civil Practice Act, as one "to declare rights and other legal relations" is clear."

Andere Beispiele für eine Statusfeststellung: Morecroft v Taylor 234 N.Y.S. 2 (New York S.C. Appellate Division 1929); Greenman v Greenman 28 N.Y.S.2d 535 (New York S.C. Appellate Division 1941) und Carlson v Bartels 148 ALR 658,663 (Nebraska S.C. 1943)

- 2) An der Richtigkeit dieser Feststellung besteht kein Zweifel, zumal die Gerichte dazu neigen, die Declaratory Judgment Acts nicht kleinlich anzuwenden: "... the remedy is one to be employed in the interests of preventative justice and its scope should be kept wide and liberal, and not restricted by technicalities", Zitat in Trossman v Trossman 80 ALR 2d 933,937 (Illinois Appellate C. 1960). Siehe selbst weitere Nachweise und Tolle v Struve 12 P.2d 61 (California District C.o.A. 1932); New York Post Corporation v Kelley 170 ALR 407,413 (New York C.o. A. 1947) und Sheldon v Powell 128 S. 258,262 (Florida S.C. 1930)

quate remedies" gegeben sind ¹⁾. Die Mehrheit der Gerichte steht jedoch auf dem Standpunkt, daß die Gesetze bzgl. der Feststellungsurteile nur dort eine Klagemöglichkeit zur Verfügung stellen wollten, wo keine andere vorher bestand, so daß eine andere geeignete Klage ein declaratory judgment ausschließt ^{2) 3)}.

Voraussetzung für ein declaratory judgment ist im einzelnen eine tatsächliche, gegenwärtige Kontroverse "an actual controversy of a justiciable nature" ⁴⁾.

-
- 1) Malley v American Indem. Co. 81 ALR 1322 (Pennsylvania S.C. 1929); Wollard v Schaffer Stores Co., Inc. 109 ALR 1262 (New York C.o.A. 1936); Sunshine Mining Co. v Carver 34 F.S. 274,279 (U.S. District C. Idaho 1940); vgl. auch Anno. 87 ALR 1205,1220, 1223
 - 2) "The Declaratory Judgment Act is an effort to provide a tribunal in which controversies may be determined which could not otherwise be presented for determination to a court having jurisdiction": Miller v Currie 242 N.W. 570,572 (Wisconsin S.C. 1932); auch Trossman v Trossman 80 ALR 2d 933 (Illinois Appellate C. 1960); Washington-Detroit Theatre Co. v. Moore 68 ALR 105 (Michigan S.C. 1930). Weitere Nachweise in Anno. 50 ALR 42, 48; 68 ALR 110,119 f.; 87 ALR 1205,1219 f.; 114 ALR 1361,1367 und 16 Am.Jur., Declaratory Judgments § 13
 - 3) Unstreitig ist, daß bei ausschließlicher oder traditioneller Zuständigkeit eines anderen Gerichts, über Ehehlichkeitsfragen zu entscheiden, nur dieses die Statussache behandeln kann. Vgl. Haan v Haan 231 N.Y.S. 58 (New York, S.C. New York County 1928). Siehe auch Kariher's Petition 131 A. 265 (Pennsylvania S.C. 1925); Trossman v Trossman 80 ALR 2d 933 (Illinois Appellate C. 1960); weitere Nachweise in Anno 50 ALR 42,43; 68 ALR 110,119 f. und 87 ALR 1205, 1219 ff.
 - 4) Anway v Grand Rapids Railway Company 12 ALR 26 (Michigan S.C. 1920). Vgl. auch Trossman v Trossman 80 ALR 2d 933 (Illinois Appellate C. 1960); State ex rel. La Follette v Dammann 103 ALR 1089 (Wisconsin S.C. 1936); Maricopa County v Leppla 84 ALR 2d 1129 (Arizona S.C. 1961); weitere Nachweise in 16 Am.Jur., Declaratory Judgments § 9 und Anno. 10 ALR 2d 782, 784

Doch schon die "ripening seeds of a controversy" können genügen ¹⁾. Urteile über abstrakte oder hypothetische Fragen werden nicht gefällt ²⁾. Der Nachweis einer Kontroverse wird bei Ehehlichkeitsfragen unschwer zu erbringen sein. Der Kläger muß außerdem ein gegenwärtiges schutzwürdiges Interesse (substantial, present, legally protectable interest) an der erstrebten Feststellung haben ³⁾. Nicht erforderlich ist ein Interesse an a l s b a l d i g e r Feststellung. Diese weite Zuständigkeitsverleihung an die Gerichte wird dadurch sinnvoll gesteuert, daß es in das fehlerfrei auszuübende Ermessen des Gerichtes gestellt wird, ob es den Feststellungsprozess in concreto zuläßt bzw. ein Urteil fällt ⁴⁾, "... the court must

-
- 1) Zoercher v Agler 70 ALR 1232 (Indiana S.C. 1930); Re Cryan 71 ALR 1417 (Pennsylvania S.C. 1930); Kariher's Petition 131 A. 265 (Pennsylvania S.C. 1925); weitere Nachweise in Anno. 68 ALR 110,117; 71 ALR 1426 und 87 ALR 1205,1213 f.
 - 2) Z.B. Walker v First Trust & Savings Bank 75 ALR 757, 766 (U.S. Circuit C.o.A. 1926); vgl. auch Jefferson County ex rel. Coleman v Chilton 33 S.W.2d 601 (Kentucky C.o.A. 1930); weitere Nachweise in 16 Am.Jur., Declaratory Judgments § 9
 - 3) Vgl. Zoercher v Agler 70 ALR 1232 (Indiana S.C. 1930); Williams v Koonsman 57 ALR 2d 79,102 (Texas S.C. 1955); State ex rel. La Follette v Dammann 103 ALR 1089 (Wisconsin S.C. 1936); weitere Nachweise in Anno. 87 ALR 1205,1243 f.. Der Uniform Declaratory Judgments Act §§ 2,4 beschreibt die Personen, die ein Feststellungsurteil erhalten können, einfach mit "persons interested".
 - 4) Vgl. dazu Washington-Detroit Theatre Co. v Moore 68 ALR 105 (Michigan S.C. 1930); Kariher's Petition 131 A. 265 (Pennsylvania S.C. 1925); Morecroft v Taylor 234 N.Y.S. 2 (New York S.C.Appellate Division 1929); auch Russian Commercial & Industrial Bank v British Bank for Foreign Trade 19 ALR 1101 (England, House of Lords 1921); weitere Nachweise in Anno. 87 ALR 1205,1212 f.; 68 ALR 110,116 f. und 16 Am.Jur., Declaratory Judgments § 14

be convinced that its judgment will settle the controversy and quiet the disputed or endangered rights ..." 1).

Was die Rechtskraft solcher Feststellungsurteile anlangt, so gelten - von hier unwesentlichen Ausnahmen abgesehen 2) - die allgemeinen res judicata-Grundsätze 3). Das bedeutet vor allem, daß unter den genannten Voraussetzungen eine Bindungswirkung nur zwischen den Parteien und ihren "privies" eintritt, Dritte dagegen nicht gebunden werden 4). Damit kann durch

-
- 1) Trossman v Trossman 80 ALR 2d 933, 940 f. (Illinois Appellate C. 1960); vgl. auch Supreme Tent v Dupriest 29 S.W.2d 599 (Kentucky C.o.A. 1930)
 - 2) Siehe dazu eingehend Anno. 10 ALR 2d 782, 787 ff. mit Nachweisen.
 - 3) Vgl. Great Northern Railway Co. v Mustad 33 N.W.2d 436 (North Dakota S.C. 1948) und Herd v Lyttle 222 S.W.2d 834 (Kentucky C.o.A. 1949).
 - 4) Vgl. Morecroft v Taylor 234 N.Y.S. 2, 6 (New York S.C. Appellate Division 1929): "Such adjudication would be competent evidence, though not conclusive, as against others." Kariher's Petition 131 A. 265 (Pennsylvania S.C. 1925); Sunshine Mining Co. v Carver 34 F.S. 274 (U.S. District C. Idaho 1940); In re Reynold's Estate 268 N.W. 480 (Nebraska S.C. 1936); Western Electric Co. v Hammond 35 F.2d 283 (U.S. Circuit C.o.A. Massachusetts 1943); De Charette v St. Matthews Bank & Trust Co. 50 ALR 34 (Kentucky C.o.A. 1926); Angel v Schram 109 F.2d 380 (U.S. Circuit C.o.A. Michigan 1940); Great Northern Railway Co. v Mustad 33 N.W.2d 436 (North Dakota S.C. 1948). Weitere Nachweise in Anno. 10 ALR 2d 782, 785 ff.

Das Restatement, Judgments § 77 bestätigt dies folgendermaßen: "Where an action is brought to obtain a declaration of the rights or other legal relations of the parties to the action, ..., a final and valid judgment declaring such rights or other relations is binding between the parties in subsequent actions."

ein declaratory judgment keine echte Statusänderung mit Wirkung gegen jedermann erreicht werden. Allerdings wird dieses Ergebnis nahezu, d.h. zumindest gegenüber allen sachlich Interessierten, erreicht, wenn diese zu dem Verfahren hinzugezogen werden. In diesem Sinne bestimmt § 11 Uniform Declaratory Judgments Act:

"... when declaratory relief is sought, all persons shall be made parties who have or claim any interest which would be affected by the declaration". Wird so verfahren, so kann die Wirkung eines Feststellungsurteils u.U. einer echten Anfechtung der Ehelichkeit nahekommen. Jedoch herrscht keine einheitliche Auffassung darüber, inwieweit diese Bestimmung befolgt werden muß. Ein Großteil der Gerichte ist der Meinung, daß kein Feststellungsurteil gefällt werden sollte, bis nicht alle interessierten Personen im Prozess vertreten sind ¹⁾.

Abschließend sei darauf hingewiesen, daß die Unehelichkeit einer in einer Ehe geborenen oder gezeugten Person nur selten in einem declaratory judgment-Verfahren geltend gemacht wird. Hierfür dürften zwei Gründe bestimmend sein. Einmal macht ein Feststellungsurteil eine weitergehende Klage nicht immer entbehrlich. Zum anderen hat sich das Institut des declaratory judg-

1) Vgl. dazu ausführlich Anno. 71 ALR 2d 723 ff. mit vielen Nachweisen. Kariher's Petition 131 A. 265, 271 (Pennsylvania S.C. 1925): "... such rights will not be determined unless all parties concerned in their adjudication are present and ready to proceed with the case, so that the judgment rendered will make the issues involved res judicata in the full sense of the term."

ment im größeren Umfang überhaupt erst in den letzten vierzig bis fünfzig Jahren in den USA eingebürgert ¹⁾.

cc. Verfahren in Louisiana

Der Louisiana Civil Code läßt als einziger die Widerlegung der Ehelichkeitsvermutung lediglich innerhalb einer besonderen Klage zu, der *action en désaveau* (Art. 191, 192) ²⁾. Eine andere Möglichkeit gibt es daneben nicht ³⁾. Niemand ist befugt, vor Erlaß eines solchen Urteils die Unehelichkeit einer ehelich geborenen Person geltendzumachen. Das ist erst möglich, wenn die Unehelichkeit des betreffenden Kindes im Urteil festgestellt ist; denn dann ist das Kind unehe-

-
- 1) Das common-law kannte die Institution des "declaratory judgment" als solche nicht, wenn auch Entscheidungen gefällt wurden, die im Ergebnis Feststellungsurteile darstellten. Diese Institution beruht allein auf Gesetzesrecht (statute law) der letzten 100 Jahre. Wegen der Gründe hierfür und der geschichtlichen Entwicklung siehe *De Charette v St. Matthews Bank & Trust Co.* 50 ALR 34, 39 (Kentucky C.o.A. 1926); *Lynn v Kearney County* 236 N.W. 192 (Nebraska S.C. 1931); *Faulkner v City of Keene* 155 A. 195 (New Hampshire S.C. 1931); 16 Am.Jur., *Declaratory Judgments* §§ 1 ff. und Anno. 12 ALR 52, 53 ff.
 - 2) Die Vermutung der Ehelichkeit "can be rebutted only by a judgment obtained by the husband in an action en désaveau brought for the purpose of establishing the adulterous character" der Kinder, *Evans v Robertson* 145 S. 539, 540 (Louisiana S.C. 1933)
 - 3) *Re Barth* 91 ALR 408, 412 f. (Louisiana S.C. 1934) sich beziehend auf eine ältere Entscheidung: "... the disavowal of the paternity of a child cannot be accomplished except by a judicial proceeding on the part of the husband of the child's mother If the father has never legally contested the legitimacy of a child born in lawful wedlock, mere oral and ex parte declarations of the father, or his wife or of the child whose claim is contested, touching the legitimacy, cannot be received as evidence."

lich gegenüber jedermann. Nur, wenn sowieso aller Schein einer Ehehlichkeit fehlt, z.B. bei einem 300 Tage nach Beendigung der Ehe geborenen Kind, kann die Unehehlichkeit von jedem, der ein berechtigtes Interesse daran hat, auf beliebige Weise ohne vorherige Anfechtungsklage geltend gemacht werden. Man spricht dann mehr von einer bloßen "contestation of legitimacy" ¹⁾.

Wer die action en désaveau anstrengen kann und welche Fristen dabei einzuhalten sind, ist oben schon dargelegt worden. Das Kind, dessen Ehehlichkeit angefochten werden soll, muß Partei dieser Klage und vorschriftsmäßig vertreten sein ²⁾.

Diese Regelung des Anfechtungsverfahrens zeigt einen starken Hang zu kontrollierten und vor allem klaren Verhältnissen der familienrechtlichen Zuordnung von Personen. Sie steht damit der kontinental-europäischen Tradition sehr nahe und läßt sich auch allein durch die starke Anlehnung des Louisiana Civil Code an den französischen Code Civil erklären.

1) "The right to disavow (action en désaveau) is entirely distinct and different from that which all parties, whose interest may be affected, have to contest the legitimacy of one in whose favor the legal presumption does not exist (contestation de légitimité)": *Eloi v Mader* 38 Am. Dec. 192, 195 (Louisiana S.C. 1841). Im übrigen *Guillory* in 5 *Tulane Law Review* 449, 457

2) *Re Barth* 91 ALR 408, 413 (Louisiana S.C. 1934) zitiierend aus einer älteren Entscheidung: "The disavowal by the father must be made in a judicial proceeding, an action to which the child is a necessary party." Das Gericht fährt fort: "That presumption in favor of the plaintiff in this case cannot be affected by anything that was proved or decided in the suit in which the marriage of his father and mother was annulled, and to which the plaintiff in this suit was not a party." Dasselbst weiterer Nachweis.

§ 11 Beweislast im Geltendmachungsverfahren

Im neueren englisch-amerikanischen Prozeßrecht wird bei der Beweislast regelmäßig zwischen der "burden of proof" (legal burden; burden of proof of issues) und der "burden of going forward with evidence" (burden of evidence; burden of proceeding with - ad-ducing - evidence) unterschieden.

Die "burden of proof" stellt die eigentliche Beweislast im Sinne von "risk of persuasion" dar und wird entsprechend den englisch-amerikanischen prozeßrechtlichen Gepflogenheiten schon durch die "pleadings" vor Verhandlungsbeginn festgelegt. Sie ändert sich im Laufe des Verfahrens nicht ¹⁾.

Die "burden of going forward with evidence" dagegen betrifft die Einzelheiten des Parteivorbringens. Sie kann häufiger wechseln, nämlich immer dann, wenn es einer Partei gelungen ist, die von ihr behauptete Tatsache ausreichend zu beweisen. Mit anderen Worten: Die "burden of going forward with evidence" obliegt der Partei, die verlieren würde, wenn von ihr kein weiterer Beweis beigebracht wurde ²⁾.

Faßt man diese Unterscheidung ins Auge, so leuchtet ein, daß die Ehelichkeitsvermutung die "burden

1) Judson v Bee Hive Auto Service Co. 74 ALR 944, 946 (Oregon S.C. 1931); First National Bank v Ford 31 ALR 1441, 1451 (Wyoming S.C. 1923); im übrigen vgl. Halsbury Bd. 15 S. 267; 20 Am.Jur., Evidence § 132.

2) Vgl. Halsbury Bd. 15 S. 269; 20 Am.Jur., Evidence § 132; auch 95 ALR 878 f. in Anlehnung an Wigmore.

of proof" nicht berührt ¹⁾ ²⁾. Ganz gleich, ob eine Partei die Ehelichkeit oder die Unehelichkeit irgendjemandes behauptet, so trägt sie hierfür die Beweislast ³⁾. Sie genügt ihr im Falle der Ehelichkeitsbehauptung dadurch, daß sie die geringen Voraussetzungen beweist, an die die Ehelichkeitsvermutung geknüpft ist. Diese macht dann jeden weiteren Beweis der Ehelichkeit entbehrlich ⁴⁾. Wenn die Ehelichkeitsvermutung dadurch den Bestreitenden zwingt, seinerseits nun den Gegenbeweis anzutreten, so liegt darin nicht eine Umkehr der Beweislast in dem Sinne, daß nunmehr der Bestreitende die "burden of proof" zu tragen hätte. Vielmehr wird ihm lediglich die "burden of going forward with evidence" angelastet ⁵⁾.

-
- 1) Re Jones 128 ALR 704,706 ff. (Vermont S.C. 1939) mit weiteren Nachweisen; auch First National Bank v Ford 31 ALR 1441,1450 (Wyoming S.C. 1923)
 - 2) Die andere Ansicht des Verfassers des Aufsatzes in 33 Harvard Law Review 306,308 wird in Re Jones 128 ALR 704,708 ff. (Vermont S.C. 1939) ausdrücklich abgelehnt.
 - 3) Nachweise in 10 C.J.S. § 4; vgl. z.B. In re Pickens' Estate 29 A. 875 (Pennsylvania S.C. 1894) und Wilson v Wilson 193 S.W. 7,10 f. (Kentucky C.o.A. 1917)
 - 4) Über das unentschiedene Problem, ob eine Vermutung selbst Beweis ist oder diesen nur ersetzt: Anno. 95 ALR 878
 - 5) Vgl. Nachweise in 20 Am.Jur., Evidence § 133; Re Jones 128 ALR 704 (Vermont S.C. 1939)

In diesem Sinne sind die häufigen Aussprüche zu verstehen, daß die Beweislast immer der Partei obliege, die die Unehelichkeit einer Person behauptete¹⁾. Eine Einschränkung dieses Grundsatzes wird im übrigen bei Empfängnis durch künstliche Befruchtung zu gelten haben. Ist unter diesen Umständen bewiesen, daß die Frau nicht durch Geschlechtsverkehr mit ihrem Ehemann auf normale Weise Mutter geworden sein kann, dann fällt es der sich auf die Ehelichkeit des Kindes berufenden Partei zu, eine trotzdem vorliegende tatsächliche Vaterschaft des Ehemannes zu beweisen²⁾.

1) In re Matthews' Estate 47 N.E. 901,902 (New York C.o.A. 1897); Stillman v Stillman 196 N.Y.S. 356 (New York, S.C. Putnam County 1922); In re Lentz 283 N.Y.S. 749 (New York S.C. Appellate Division 1935); Zachmann v Zachmann 66 N.E. 256 (Illinois S.C. 1903); Harris v Seabury 164 N.E. 121 (Ohio C.o.A. 1928); State v Romaine 11 N.W. 721 (Iowa S.C. 1882); Sergeant v North Cumberland MFG. Co. 66 S.W. 1036,1037 (Kentucky C.o.A. 1902); Commonwealth ex rel. Iacovella v Iacovella 182 A. 727 (Pennsylvania Superior C. 1936); Vanover v Steele 190 S.W. 667 (Kentucky C.o.A. 1917); Phillips v State ex rel. Hathcock 145 N.E. 895 (Indiana Appellate C. 1925); Arthur v Arthur 77 S.2d 477 (Alabama S.C. 1955); In re McDermott's Estate 249 N.W. 555 (Nebraska S.C. 1933); Peoples National Bank of Greenville v Manos Brothers Inc. 45 ALR 2d 1070,1084 (South Carolina S.C. 1954); Strom v Strom 75 N.W.2d 750 (North Dakota S.C. 1956); Vorvilas v Vorvilas 31 N.W.2d 586 (Wisconsin S.C. 1948); Gardner v Gardner 2 A.C. 723 (England, House of Lords 1877); weitere Nachweise in 7 Am.Jur., Bastards § 13

2) So Bromley S. 284

§ 12 Beweismittel im Geltendmachungsverfahren

Es ist hier nicht der Raum, die für den Beweis der Unehelichkeit einer Person in Frage kommenden Beweismittel eingehend darzustellen ¹⁾. Zwei Besonderheiten verdienen jedoch erwähnt zu werden, weil sie zeigen, wie sich die Einstellung der Engländer und Amerikaner zur Bastardisierung selbst im Zulassen bzw. Nichtzulassen bestimmter Beweismittel ausdrückt.

I. Zeugnisfähigkeit der Eheleute

Im Jahre 1734 entschied der englische Court of King's Bench in einem filiation proceeding ²⁾, daß ein Kind allein auf das Zeugnis seiner verheirateten Mutter hin nicht bastardisiert werden könne ³⁾. Hierdurch sollte weniger ein gegeneinandergerichtetes Zeugnis der Eheleute verhindert werden, das den Familienfrieden und die Einheit von Mann und Frau ⁴⁾ gefährden könnte. Man wollte vielmehr vermeiden, den Ehemann nur auf das Zeugnis der Ehefrau hin von seiner Unterhaltspflicht zu befreien und damit das Gemeinwesen mit der Sorge für das Kind zu belasten ⁵⁾.

-
- 1) Siehe dazu ausführlich 10 CJS, Bastards § 5 und 7 Am. Jur., Bastards §§ 20 ff. jeweils mit Nachweisen; auch Anno. 31 ALR 2d 989
 - 2) Zum Begriff des filiation proceeding siehe Fußnote 4 S. 56
 - 3) King v Reading 95 Eng.Rep. 49. Vgl. auch Evans v State 74 N.E. 244 (Indiana S.C. 1905)
 - 4) Vgl. dazu Williams in 10 Modern Law Review 16,99 ff.
 - 5) Der natürliche Vater konnte früher nicht auf Unterhalt belangt werden. Siehe Fußnote 2 S. 30

Einige Jahrzehnte später erklärte Lord Mansfield in einer berühmten Entscheidung, es sei eindeutiges "law" Englands, daß Eheleute überhaupt nicht über ihren ehelichen Verkehr aussagen können, wenn sie damit ein Kind ihrer Ehe bastardisieren: "As to the time of the birth, the father and mother are the most proper witnesses to prove it. But it is a rule, founded in decency, morality, and policy, that they shall not be permitted to say after marriage, that they have had no connection, and therefore that the offspring is spurious; more especially the mother, who is the offending party" ¹⁾. Im leading case *Russel v Russel* wurde diese Regel ausdrücklich als für jede Art von Verfahren verbindlich angesehen ²⁾. Wenn es allerdings nicht um die Ehelichkeit eines Kindes ging, sondern zum Beispiel lediglich darum, einen Ehebruch zu beweisen, wurden alle Erklärungen der Eheleute vom Gericht zugelassen ^{3) 4)}.

-
- 1) *Goodright ex dim. Stevens v Moss* 98 Eng.Rep. 1257, 1258 (King's Bench 1777)
 - 2) *Russel v Russel* 1924 A.C. 687,698 (House of Lords 1924), Lord Birkenhead: "The rule as laid down is absolutely general in the comprehensiveness of its expression."
 - 3) Vgl. *Warren v Warren* 1925 Pr. 107 (England, Divorce Division 1925); *Holland v Holland* 1925 Pr. 101 (England, Divorce Division 1925). Auch *Sayles v Sayles* 4 ALR 2d 564 (Massachusetts S. Judicial C. 1948); weitere Nachweise daselbst und in Anno. 4 ALR 2d 567,569 ff.
 - 4) Ansonsten sind überhaupt nur Aussagen über den e h e l i c h e n Geschlechtsverkehr nicht über den Verkehr mit Dritten ausgeschlossen: vgl. *Cross v Cross* 23 Am.Dec. 778,780 (New York C.o.Chancery 1838) auch *Wallace v Wallace* 126 Am.St.Rep. 253,260 (Iowa S.C. 1908): Die Lord Mansfield rule bedeutet nicht "that a spouse may not give testimony having a tendency to show the offspring to have been begotten by a third person, and under the decisions to which attention has been directed the wife's evidence of illicit connection with any person other than her husband and her admissions concerning the same are held to be admissible. That which in the interest of society and common decency is excluded is the testimony or declarations of either spouse of access or non-access as bearing on the inquiry whether the husband and wife have had sexual intercourse during the period involved in controversy."

Die sogenannte Lord Mansfield rule ¹⁾ fand auch in den USA Eingang. Sie wird dort im Gegensatz zur englischen Tradition ²⁾ teilweise auch in Fällen vorehelichen Geschlechtsverkehrs angewandt ³⁾. Im übrigen schließt sie nicht nur unmittelbare Aussagen der Eheleute vor Gericht aus, sondern häufig auch deren anderweitige Zeugnisse (declarations and admissions), soweit diese nicht erfolgten ehelichen Geschlechts-

-
- 1) Von einigen auch rule in Russel v Russel genannt.
 - 2) Die englischen Gerichte wollten den Eheleuten und vor allem dem Ehemann nicht das Recht nehmen, u.U. ihre voreheliche "Tugendhaftigkeit" darzutun: "... as regards the rule which I think most wisely and properly protects the sanctity of married intercourse and permits it not to be inquired into any Court of law, it would be a gross perversion of that principle to say that, under the circumstances which I have suggested, the husband should not be at liberty to prove his own virtue at all events, and to prove that he had not induced the woman whom he was afterwards to make his wife to be guilty of the sin of fornication": Poulett Peerage 1903 A.C. 395,399 (House of Lords 1903)
 - 3) "Antenuptial nonaccess at the time the woman conceived may be established by the fact that the parties were at that time unacquainted. The law, however, adheres to the rule excluding both husband and wife from testifying on the subject of access or nonaccess": Yanoff v Yanoff 211 N.W. 735,737 (Michigan S.C. 1927); Dennison v Page 62 Am.Dec. 644 (Pennsylvania S.C. 1857); Morris v Morris 13 A.2d 603 (Delaware Superior C. 1940); Pinkard v Pinkard 252 S.W. 265 (Texas C.o.Civil A. 1923); Byrd v Travelers Insurance Co. 275 S.W. 2d 861,862 (Texas C.o.Civil A. 1955). Weitere Nachweise in Anno. 60 ALR 380,387 f.; 31 ALR 2d 989,1027 f. und 7 Am. Jur., Bastards § 22.

verkehr dertun sollen ¹⁾. Zulässig sind nach Auffassung einiger Gerichte jedoch Erklärungen der Eheleute, wenn sie nach dem Tode der Eheleute beigebracht werden ²⁾.

Es sind Erwägungen des Anstandes, der Moral und "policy", die schon Lord Mansfield als Gründe für die rule nannte ³⁾. Die ehelichen Beziehungen sind heilig und vertragen es nicht, von den Eheleuten zum Zwecke einer Bastardisierung öffentlich preisgegeben zu werden. Dadurch würden die Regeln des Taktes verletzt und ein schädlicher Einfluß auf die Öffentlichkeit ausgeübt werden ⁴⁾. "What Lord Mansfield meant was that a deeply seated domestic and social policy rendered it unbecoming and indecorous that evidence should be received from such a source; upon such an issue; and with such a possible result" ⁵⁾.

-
- 1) "The same principle which excludes the husband and wife as witnesses applies with greater force to their declarations, because in both the same public policy is conserved, and as to declarations there is the absence of an oath, no opportunity for cross-examination, and no opportunity for the jury to observe the demeanour of the declarant, which are recognized tests of truth, and which would be present if the husband or wife was examined as a witness": West v Redmond 88 S.E. 341,342 (North Carolina S.C. 1916); siehe auch Bassil v Ford Motor Co. 107 ALR 1491 (Michigan S.C. 1936); Richter v Richter 245 P. 321 (Oregon S.C. 1926); Craven v Selway 246 N.W. 821 (Iowa S.C. 1933); weitere Nachweise in 7 Am.Jur., Bastards § 26; Anno. 31 ALR 2d 989,1024 ff. und 69 Am.St.Rep. 571
 - 2) Wright v Hicks 60 Am.Dec. 687,695 (Georgia S.C. 1854). Weitere Nachweise in 7 Am.Jur., Bastards § 27; 20 Am.Jur., Evidence § 471 und 10 CJS, Bastards § 5 c.
 - 3) Siehe S. 90 oben
 - 4) Vgl. auch Poulett Peerage 1903 A.C. 395,399 (England, House of Lords 1903); Miller v Anderson 54 Am.Rep. 823,825 (Ohio S.C. 1885); Kennedy v State 173 S.W. 842 (Arkansas S.C. 1915); weitere Nachweise in 7 Am.Jur., Bastards § 22
 - 5) Lord Birkenhead in Russel v Russel 1924 A.C. 687, 699 (England, House of Lords 1924)

Amerikanische Gerichte betonen Zwecke der public policy ganz besonders. So erklärte Chief Justice Bird von Michigan: "... we think the rule a good one on the ground of public policy. The Mansfield rule, undoubtedly, lessens the number of public charges which would have to be cared for and supported by the public. It works for the peace and quiet of the family. It works for the peace of the community and society generally" ¹⁾. Sie erschwert den Beweis der Unehelichkeit einer innerhalb einer Ehe geborenen Person ²⁾, und dieser Erfolg ist erwünscht, und zwar aus denselben Gründen, die schon für die Ehelichkeitsvermutung sprachen. Auffälligerweise gilt die Regel ja auch nur, wenn eine Person bastardisiert werden soll ³⁾. Die Lord Mansfield rule ist daher ein Mittel, das mit darauf angelegt ist, die Widerlegung der Ehelichkeitsvermutung im allgemeinen Interesse und im Interesse des Kindes zu erschweren ⁴⁾.

In England ist inzwischen die Lord Mansfield rule als zu weitgehend durch Gesetz beseitigt worden ⁵⁾. Die

-
- 1) In re Wright's Estate 211 N.W. 746,748 f. (Michigan S.C. 1927) und Gonzales v Gonzales 177 S.W.2d 328 (Texas C.o.Civil A. 1943)
 - 2) Vgl. auch Vernier Bd. 5 S. 150.
 - 3) Siehe Fußnote 3 S. 90.
 - 4) "The paramount purpose underlying the Mansfield rule is protection of the child from bastardization by the testimony of those whom the law presumes to be its lawful parents": Gonzales v Gonzales 177 S.W.2d 328,331 (Texas C.o.Civil A. 1943). Vgl. auch 42 Harvard Law Review 1079.
 - 5) Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act von 1949, Sec. 7 (12, 13, 14 Geo. 6, c. 100), der durch den Matrimonial Causes Act von 1950, Sec. 32 (1,3) (14 Geo. 6, c. 25) ersetzt wurde.

Eheleute können heute hinsichtlich ihres ehelichen Verkehrs Zeugen in jedem Verfahren sein, wenn sie hierzu auch nicht gezwungen werden dürfen ¹⁾. Ebenso sind zahlreiche US-Staaten zumindest für bestimmte Klagen von der rule abgegangen ²⁾. Man bezweifelt eine Pflicht, die Ehelichkeit auf Kosten des Schein-vaters so weitgehend, wie es durch die rule geschieht, fördern zu müssen und hält die Hinweise auf Moral und Takt für "pharisaical afterthoughts" ³⁾. Der bekannte amerikanische Prozessrechtler Wigmore bezeichnet die Regel sogar als "peculiar and irrational" ⁴⁾.

- 1) Vgl. Matrimonial Causes Act Sec. 32 (2) (14 Geo. 6, c. 25)
- 2) Vgl. New York Domestic Relation Law § 126 (1): "... If the mother is married, both she and her husband may testify to non-access." Commissioner of Public Welfare of the City of New York v Koehler 30 N.E.2d 587 (New York Co.A. 1940); Commonwealth v Rosenblatt 106 N.E. 852 (Massachusetts S. Judicial C. 1914); State v Fury 205 N.W. 877 (North Dakota S.C. 1925); State v Reed 149 S.E. 669 (West Virginia S.C.o.A. 1929); In re Wray's Estate 19 P.2d 1051 (Montana S.C. 1933); Loudon v Loudon 89 ALR 904 (New Jersey C.o.Errors and A. 1933); Goss v Froman 12 S.W. 387 (Kentucky C.o.A. 1889); State v Soyka 233 N.W. 300 (Minnesota S.C. 1937); Evans v State ex rel. Freeman 74 N.E. 244 (Indiana S.C. 1905); Moore v Smith 172 S. 317 (Mississippi S.C. 1937); Vorvilas v Vorvilas 31 N.W.2d 586 (Wisconsin S.C. 1948). Weitere Beispiele in Anno. 89 ALR 911, 912 f.
- 3) Vgl. ausführlich Moore v Smith 172 S. 317, 318 ff. (Mississippi S.C. 1937), darin S. 321: "... how the peace of the community and society generally would be protected by excluding this evidence is not apparent. On the contrary, it would seem to be best protected by admitting any otherwise competent evidence, that would relieve an innocent husband from remaining tied to an unfaithful wife and being charged with the care and support of a child of which he is not the father."
- 4) Wigmore S. 466; weitere Ausführungen von ihm sind zitiert in Loudon v Loudon 89 ALR 904, 907 ff. (New Jersey C.o.Errors and A. 1933) and Moore v Smith 172 S. 317, 319 f. (Mississippi S.C. 1937)

Trotzdem hält ein Großteil amerikanischer Staaten auch heute noch an ihr fest ^{1) 2)}, und es gilt in den USA wohl noch als Grundsatz, daß dieser Regel zu folgen sei, soweit nicht ein Gesetz etwas anderes bestimmt ³⁾.

-
- 1) Estate of Mills 92 Am.St.Rep. 175 (California S.C. 1902); In re Walker's Estate 181 P. 792 (California S.C. 1919); Dazey v Dazey 122 P.2d 308 (California District C.o.A. 1942); Westfall v Westfall 13 ALR 1428 (Oregon S.C. 1921); In re Rowe's Estate 141 P. 2d 832 (Oregon S.C. 1943); Hall v State 5 A.2d 916 (Maryland C.o.A. 1939); Feazel v Feazel 62 S.2d 119, 122 (Louisiana S.C. 1952); Wallace v Wallace 126 Am. St.Rep. 253 (Iowa S.C. 1908); Bell v Territory 56 P. 853 (Oklahoma S.C. 1899); Egbert v Greenwalt 6 N.W. 654 (Michigan S.C. 1880); Zakrewski v Zakrewski 212 N.W. 80 (Michigan S.C. 1927); Bowles v Bingham 5 Am. Dec. 497 (Virginia S.C.o.A. 1811); Shatford v Shatford 217 S.W.2d 917, 920 (Arkansas S.C. 1949); Commonwealth ex rel. Moska v Moska 162 A. 343 (Pennsylvania Superior C. 1932); Hubert v Cloutier 194 A. 303 (Maine S. Judicial C. 1937); Reed v State 38 ALR 2d 567 (Arkansas S.C. 1953); Gonzalez v Gonzalez 177 S.W.2d 328 (Texas C.o.Civil A. 1943); Peoples National Bank of Greenville v Manos Brothers, Inc. 45 ALR 2d 1070, 1084 (South Carolina S.C. 1954): "Neither husband nor wife may testify as to non-access between them in any case where the legitimacy of a child born in wedlock is in issue."
Weitere Nachweise in Anno. 60 ALR 380, 381 ff.; 68 ALR 421; 89 ALR 911, 912 und 69 Am.St.Rep. 571.
 - 2) U.U. kann aber die Ehefrau als Zeugin vernommen werden, wenn sie die Legitimität des Kindes dartun will. Durch das Verhör kann sich dann auch mangelnder Geschlechtsverkehr mit dem Ehemann herausstellen. Vgl. Goss v Froman 12 S.W. 387 (Kentucky C.o.A. 1889) und 7 Am.Jur., Bastards § 21.
 - 3) So ausdrücklich Commissioner of Public Welfare v Koehler 30 N.E.2d 587 (New York C.o.A. 1940); State v Reed 149 S.E. 669 (West Virginia S.C.o.A. 1929). Vgl. weiter 42 Harvard Law Review 1079 (1929) und Nachweise in 7 Am.Jur., Bastards § 21.

II. Serologische Gutachten als Beweis der Nichtvaterschaft.

Durch Vergleich gewisser Charakteristika des Blutes kann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden, ob eine Person von einer bestimmten anderen abstammen kann oder nicht. Diese Untersuchungen (blood tests) können zum Nachweis der Nichtvaterschaft sehr wertvoll sein.

Nur verhältnismäßig langsam sind die Blutgruppengutachten in der englisch-amerikanischen Rechtspraxis anerkannt worden ¹⁾. Die erste berichtete Entscheidung in den USA, in der serologische Untersuchungen eine Rolle spielen, stammt aus dem Jahre 1931 ²⁾. Aber erst 1949 sah ein höchstes US-Landesgericht ein Blutgruppengutachten als z w i n g e n d e n Beweis der Nichtvaterschaft an ³⁾. In England sind Entscheidungen, in denen serologische Untersuchungen verwandt wurden, überhaupt selten ⁴⁾.

-
- 1) In einigen Staaten vollzog sich eine interessante Wandlung. So galt z.B. im Staate New York zunächst die Regel aus der Entscheidung *Harding v Harding* 22 N.Y.S.2d 810 (Domestic Relations C. 1940), wonach Blutgruppengutachten frei wie jeder andere Beweis gewürdigt und damit auch unberücksichtigt gelassen werden konnten. Wohl erst 1951 in *C. v C.* 109 N.Y.S.2d 276 (S.C.) wurden Blutgruppenuntersuchungen, die die Vaterschaft einer Person ausschlossen, als ein "conclusive" Beweis der Nichtvaterschaft gewertet; siehe auch schon *Houston v Houston* 99 N.Y.S.2d 199 (New York Domestic Relations C. 1950). Eine ähnliche Entwicklung ist in Maine zu verfolgen: vgl. *Jordan v Davis* 57 A.2d 209 (S. Judicial C. 1948) und *Jordan v Mace* 69 A.2d 670 (S. Judicial C. 1949).
 - 2) Vgl. Nachweis in 63 *Harvard Law Review* 1271
 - 3) Die berühmte Entscheidung *Jordan v Mace* 69 A.2d 670 (Maine S. Judicial C. 1949)
 - 4) Vgl. bei Bromley S. 288 und Bartholomew 24 *Modern Law Review* 313 ff.

Heute werden zwar vorschriftsmäßig angefertigte, die Vaterschaft einer Person ausschließende serologische Gutachten von fast allen englisch-amerikanischen Gerichten in Prozessen, in denen es um die Vaterschaft geht, als grundsätzlich zulässig und zwingend beweiskräftig anerkannt ¹⁾. "For a court to declare that these tests are not conclusive would be as unrealistic as it would be for a court to declare that the world is flat" ²⁾. Trotzdem machen noch einige US-Staaten Einschränkungen. Das sind vor allem die Staaten mit einer Vaterschaftsvermutung, die unter gewissen Umständen als unwiderleglich angesehen wird. Blutgruppengutachten sollen sie nicht entkräften können ³⁾. Louisiana geht sogar so weit, blood tests in Ehelichkeits-Anfechtungsklagen völlig unberücksichtigt zu lassen, da das Gesetz die Ergebnisse solcher Tests nicht als Anfechtungsgrund aufgezählt habe ⁴⁾. In England und einer Anzahl US-Staaten ist die Anwendung serologischer Gutachten auch dadurch begrenzt, daß die Ge-

-
- 1) Vgl. den von vielen Staaten übernommenen Uniform Act on Blood Tests to Determine Paternity (1952) und Nachweise in 23 Tulane Law Review 397; 46 ALR 2d 1000, 1019 ff., 1027 ff. und Fußnote 4 S. 96
 - 2) Ross v Marx 90 A.2d 545, 546 (New Jersey, Essex County C. 1952)
 - 3) Siehe oben S. 37 ff.; im übrigen State ex rel. Walker v Clark 58 N.E.2d 773 (Ohio C.o.A. 1944); Langel v Langel 175 N.E.2d 312 (Ohio C.o.A. 1960); weitere Nachweise in Anno. 163 ALR 939, 961 und 46 ALR 2d 1000, 1033
 - 4) Siehe Fußnote 3 S. 41

richte niemanden zwingen können, sich zur Klärung der Abstammung gegen seinen Willen solchen Tests zu unterwerfen ¹⁾ ²⁾.

Die nur zögernde gebührende Berücksichtigung der serologischen Gutachten im englisch-amerikanischen Verfahrensrecht geschah sicherlich aus einer gewissen Skepsis gegenüber ihrer wissenschaftlichen Verlässlichkeit und in den USA auch aus verfassungsrechtlichen Vorbehalten, die bei der Zulassung der Gutachten besonders in Strafverfahren bestanden ³⁾. Das war es aber nicht allein. Wenn nämlich die anfänglichen Bedenken heute im wesentlichen ausgeräumt sind und trotzdem noch eine Reihe von Staaten die prozessuale Anerkennung serologischer Gutachten einschränkt, so wird ein weiterer Beweggrund offenbar: der Wunsch, Bastardisierungen einzuschränken ⁴⁾.

-
- 1) Vgl. Nachweise in Anno. 163 ALR 939,943 ff. und Bromley S. 288 Fußnote o und Bartholomew in 24 Modern Law Review 313,322 ff.

Staaten, in denen "compulsory blood test" zugelassen werden: z.B. New York Domestic Relation Law § 126-a; Smith-Hurd Illinois Annotated Statutes c. 106 3/4 §§ 1 ff.; Utah Code Annotated 1953, 78-25-18; Arkansas Statutes 1947, 34-705.1; weiter Uniform Act on Blood Tests to Determine Paternity (1952) und Nachweise in Anno. 46 ALR 2d 1000,1005 ff. und bei Harper S. 113

- 2) Wenn sich jemand solchen Tests nicht unterwirft, kann aber u.U. vermutet werden, daß der Test gegen ihn entschieden hätte: California Code of Civil Procedure § 1980,3 Satz 2: "If any party refuses to submit to such tests, the court may resolve the question of paternity against such party or enforce its order if the rights of others and the interest of justice so require."
- 3) Vgl. Nachweise in 46 ALR 2d 1000,1013 ff.
- 4) Ähnlich Kirschner in 38 Cornell Law Quarterly 75,77

Z W E I T E R T E I L

Zur Geltendmachung der Unehelichkeit einer ehelich geborenen Person im deutschen Recht zum Vergleich

§ 1 Voraussetzungen der Ehelichkeit

Die Voraussetzungen für die Ehelichkeit im deutschen Recht sind von geringfügigen Unterschieden abgesehen dieselben wie im englisch-amerikanischen Recht.

Auch im deutschen Recht ist die Legitimität einer Person für den Regelfall an eine gesetzmäßige Ehe der Eltern und eine tatsächliche Abstammung von den Eheleuten gebunden ¹⁾. Ähnlich dem frühen common law verlangte dabei noch die herrschende Meinung im Gemeinen Recht für die eheliche Abstammung Geburt u n d Zeugung innerhalb der Ehe ²⁾. Kinder, deren Empfängnis vor der Ehe, deren Geburt aber vor dem 182. Tag nach Eingehung der Ehe lag, galten bei ausdrücklicher oder stillschweigender Anerkennung durch den Ehemann lediglich als durch die Ehe legitimiert. Heute dagegen

1) Der etwas unglückliche Wortlaut des § 1591 BGB möchte nahelegen, daß es dem Gesetzgeber weniger auf die tatsächliche Abstammung vom Ehemann ankam als auf die Tatsache, daß der Ehemann der Frau innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat. Jedoch geht aus der Bestimmung als Ganzes hervor, daß der Gesetzgeber die Kausalität der Beiwohnung des Ehemannes für die Geburt des Kindes unterstellt bzw. vermutet und damit die blutsmäßige Abstammung als Grundlage der ehelichen Abstammung sieht. Siehe dazu ausführlich Heyll S. 62 ff.

2) Vgl. Entscheidung des Obertribunals zu Stuttgart vom 28. Febr. 1868 in Seuff. Arch. Bd. 21 Nr. 200; RGZ 12,166 (1884); Windscheid Bd. 1 § 56 b Anm.7; Winkler S. 8 ff.; weitere Nachweise daselbst und bei Kümmel S. 8

geht das BGB von der Ehelichkeit a l l e r in der Ehe oder innerhalb der sogenannten Wartezeit nach Auflösung der Ehe geborenen Kinder aus, auch wenn diese vor der Ehe gezeugt wurden, § 1591 BGB. Dabei ist die Begründung dieser Regelung dieselbe wie in England und den USA, sie soll dazu beitragen "...die Eheschließungen, und zwar bald nach dem Fehltritte der Eltern, zu befördern und so die Zahl der unehe-lichen Kinder zu vermindern" ¹⁾; außerdem vereinfacht sie "... das Recht und schützt zugleich den Ruf der Eltern, wie des Kindes, die Ruhe und den Frieden der Familie, indem sie jede Untersuchung darüber, ob das Kind vor oder nach Schließung erzeugt ist, entbehrlich macht" ²⁾.

Der Wunsch, dem Kind möglichst die bevorzugte Stellung der Ehelichkeit zu geben, hat dazu geführt, auch Kindern aus nichtigen Ehen - nicht dagegen aus Nichtehen - die Ehelichkeit zuzusprechen, § 1591 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Die noch nicht abschließend geklärten Fragen um die Ehelichkeit von Kindern, die aus einer künstlichen Befruchtung hervorgegangen sind, werden ähnlich wie im englisch-amerikanischen Recht zu beantworten sein.

Ist eine homologe Insemination mit Zustimmung des Ehemannes erfolgt, so ist das Kind ein eheliches ³⁾.

1) Motive Bd. 4 S. 647

2) Motive Bd. 4 S. 647

3) Beitzke § 24 I 3; Dölle S. 190 ff.; Enneccerus-Kipp-Wolff § 75 IV; Staudinger-Engelmann-Keidel § 1591 Anm. 5a; Goldmann-Lilienthal-Sternberg S. 210 Anm. 6; von Winckel in Das Recht 1909 Sp. 167 f.; Traumann in Das Recht 1909 Sp. 763; Geiger S. 48; Dieter Giesen S. 181 f.; Holfelder S. 12 f.; OLGZ 16, 222 (Köln 1907); auch RG in JW 1908 S. 485; Heyll S. 64 mit weiteren Nachweisen; a.A. nur noch Klein in Jugendwohl 1951 S. 154

§ 1591 BGB stellt zwar auf eine Beiwohnung des Ehemannes ab, trotzdem kann die Beiwohnung nicht als essentieller Rechtsgrund der Vaterschaft im deutschen Recht gelten. Wenn § 1591 BGB die Ehelichkeit an einen Beischlaf knüpft, so läßt sich das daraus erklären, daß zur Zeit der Entstehung des BGB nur die Möglichkeit der Zeugung praktisch in Frage kam und die künstliche Insemination noch nicht aktuell war. Die Entstehungsgeschichte des § 1591 BGB und ein Vergleich mit anderen Bestimmungen zeigen - wie Heyll überzeugend darstellt ¹⁾ - daß sinnvoller Weise die Tatsache der Abstammung von ehelich miteinander verbundenen Eltern der Rechtsgrund für die eheliche Vaterschaft ist. Diese natürliche Abstammung ist aber auch bei einer Empfängnis durch homologe künstliche Befruchtung gegeben ²⁾.

Hat der Ehemann der homologen Insemination nicht zugestimmt, so beeinflußt dieser Umstand die Ehelichkeit des Kindes nicht ³⁾. Schon bei normalem Geschlechtsverkehr ist die subjektive Willensrichtung

1) Heyll S. 62 ff.

2) Auch aus moralischer Sicht wird dieses Ergebnis als nicht gegen die Würde des Menschen und das Wesen der Ehe verstossend gebilligt werden können. Ist die Ehe doch in besonderem Maße auf das gemeinsame Kind ausgerichtet und die homologe künstliche Befruchtung als erlaubte Unterstützung der im konkreten Falle hilfsbedürftigen Natur anzusprechen.

3) Herrschende Meinung: vgl. Beitzke § 24 I 3; Goldmann-Lilienthal-Sternberg S. 210 Anm. 6; Dölle S. 193; Geiger S. 48; Giesen S. 181 f.; Heyll S. 68; Holfelder S. 15; Traumann in Das Recht 1909 Sp. 764 f.. A.A. RGRK-Hallamik § 1591 Anm. 2; von Winckel in Das Recht 1909 Sp. 168 f.

Enneccerus-Kipp-Wolff § 75 IV und Staudinger-Engelmann-Keidel § 1591 Anm. 5a geben zu, daß das Kind jedenfalls dann ehelich sei, wenn seine Geburt nachweislich nur auf die homologe künstliche Befruchtung zurückzuführen sein könnte.

des Mannes hinsichtlich der Zeugung für die Ehelichkeit des Kindes unerheblich. Auch das von einem bewußtlosen oder geisteskranken Ehemann gezeugte Kind ist ehelich ¹⁾. Es wird zwar eingewandt, daß auch bei Unzurechnungsfähigkeit, Zwang u.ä. in der Beibwohnung noch eine Handlung des Mannes vorläge, an die die Ehelichkeit anknüpfen könne, was aber bei einer künstlichen Befruchtung ohne den Willen des Mannes nicht der Fall sei ²⁾. Jedoch hat auch bei einer solchen Insemination der Ehemann irgendwann den Samen hingegeben, was in diesem Zusammenhang beachtlich sein dürfte. Zum anderen wäre es untragbar, wenn ein Verheirateter die von ihm tatsächlich abstammenden Kinder als illegitime zurückweisen könnte. Sein "eigen Fleisch und Blut" kann der Ehemann nicht verleugnen ^{3) 4)}.

Die neuerdings mit Erfolg gelungene Konservierung männlicher Spermien ermöglicht eine homologe Insemination noch nach dem Tode des Ehemannes. In diesen Fällen allerdings ist das aus einer solchen Befruchtung hervorgegangene Kind unehelich. Die Verfasser des § 1591 BGB haben zwar an eine posthume Insemination nicht gedacht, trotzdem muß die in dieser Bestimmung zum Ausdruck gekommene Begrenzung ehelicher Zeugung auf die Zeit unmittelbar vor oder während der Ehe als ein Grundgedanke zur Ehelich-

1) Vgl. Staudinger-Engelmann-Keidel § 1591 Anm. 3b; Enneccerus-Kipp-Wolff § 75 I 3; Holfelder S. 15.

2) So Enneccerus-Kipp-Wolff § 75 IV

3) So besonders auch Dölle S. 194 und Geiger S. 48

4) Manche Autoren verneinen überhaupt die Möglichkeit einer erfolgreichen nicht konsentierten Insemination; vgl. 58 Yale Law Journal 459 (1949)

keitsregelung angesehen werden. Die Ehehlichkeit sollte wesentlich an eine Ehe geknüpft werden. Damit ist sie bei nachehelicher Zeugung ausgeschlossen ¹⁾. Daran ändert auch eine eventuelle vorher erteilte Einwilligung des Mannes nichts; denn die Ehehlichkeit mit seinem Samen erzeugter Kinder hängt - wie schon oben gezeigt - nach deutschem Recht nicht von seinem Willen ab, sondern allein von der Rechtsordnung ²⁾. Für dieses Ergebnis sprechen auch praktische Erwägungen, vor allem die Verhütung von Mißbrauch, dem gerade bei dieser Art Befruchtung der Weg geebnet wäre.

Das aus einer heterologen Insemination stammende Kind ist ebenfalls unehelich ³⁾⁴⁾. Hier fehlt es an der für eine eheliche Verwandtschaft mindestens zu verlangenden tatsächlichen Abstammung vom Ehemann, dessen eventuelle Zustimmung zur Insemination - entgegen der Auffassung amerikanischer Auto-

1) Vgl. Heyll S. 56 ff.

2) So mit Recht Heyll S. 57

3) So auch Geiger S. 51; Richter S. 85; Heyll S. 76; Giesen S. 183 mit weiterer Literatur; Dölle S. 200 ff., der allerdings de lege ferenda für besondere Fälle eine andere Lösung für richtig hält.

4) Haben die Eheleute neben der heterologen Insemination auch geschlechtlich miteinander verkehrt, - der sterile Ehemann muß nicht auch impotent sein -, so ist das Kind nur dann nicht ehelich, wenn die Frau das Kind unmöglich vom Ehemann empfangen haben kann, § 1591 Abs. 1 Satz 2 BGB (z.B. bei absoluter Sterilität). Wurde dem sterilen Ehemann vor der Beiwohnung fremder Samen in die Samenblase eingespritzt, so gilt dasselbe wie bei der unmittelbaren heterologen Insemination. Das Kind ist unehelich; vgl. z.B. Heyll S. 76.

ren in Bezug auf das amerikanische Recht - daran nichts ändern kann. In dieser Zustimmung liegt auch rechtlich keine Anerkennung des Kindes oder ein Verzicht auf die Anfechtung der Ehelichkeit. Denn nach allgemeiner Auffassung ist ein vor der Geburt des Kindes ausgesprochene Anerkennung oder ein erklärter Verzicht auf die Anfechtung unwirksam ¹⁾. Auch eine Adoption - wie sie das oben zitierte amerikanische Gericht ²⁾ bejaht - oder eine Legitimation scheidet für das deutsche Recht aus, da zur Adoption eine gerichtliche Bestätigung (§ 1741 BGB) und zur Legitimation die Vaterschaft des Ehemannes notwendig ist (§ 1723 BGB) ³⁾.

Zu beachten ist, daß a l l e Kinder, die während der Ehe oder innerhalb von 302 Tagen nach Auflösung der Ehe geboren sind, als eheliche gelten - also auch bei reiner heterologer Insemination. Bis zur rechtskräftigen Feststellung der tatsächlichen Unehelichkeit haben die Kinder selbst bei offenkundiger Unehelichkeit - ähnlich wie im englisch-amerikanischen Recht - die Rechtsstellung von ehelichen Kindern.

-
- 1) Vgl. Enneccerus-Kipp-Wolff § 75 Anm. 31; auch RG in JW 1926 S. 1955 Nr. 7
 - 2) Siehe Strnad v Strnad 78 N.Y.S.2d 390 (New York, S.C. New York County 1948) oben S. 5
 - 3) Weil der Wunsch einer Ehefrau nach einem eigenen Kind unter gewissen Umständen verständlich und anerkennenswert ist, kann trotzdem die Ehelichkeit eines solchen aus einer heterologen Insemination stammenden Kindes nicht bejaht werden. Die Hingabe der generativen Kräfte einer Ehefrau an einen anderen als den Ehemann kann vom Recht nicht gefördert werden. Nicht umsonst lehnt die Allgemeinheit den Ehebruch, in welcher Form er auch immer auftritt selbst bei Zustimmung des Ehemannes - ab. Auch die sicher ebenso berechnete Sehnsucht einer unverheirateten Frau nach einem eigenen Kind wird vom Recht nicht unterstützt, indem die Kinder für ehelich erklärt werden. Es bleibt als Lösung die Adoption eines fremden Kindes.

§ 2 Ehelichkeitsvermutung

Die im deutschen Recht zur Stützung der Ehelichkeit aufgestellten Vermutungen werden schon von den Vätern des BGB mit der Lebenserfahrung begründet ¹⁾ und im besonderen Maße auf das große Interesse der Gesellschaft an dem Schutz der Familie und des Familienfriedens gestützt ²⁾. Die Ehelichkeitsanfechtung wurde vornehmlich als gefährlicher Eingriff in die Stabilität und den Frieden der Familie empfunden und sollte daher möglichst erschwert werden. Erst in zweiter Linie wollte man die Interessen der Ehefrau und des Kindes schützen. Im Laufe der Zeit traten allerdings die Interessen des Kindes stärker in den Vordergrund. Die Ehelichkeitsvermutung wird also nicht so sehr von Erwägungen der Moral getragen wie zumindest früher im englisch-amerikanischen Recht. Der Inhalt der Vermutungen ist jedoch nahezu derselbe ³⁾.

1) Motive Bd. 4 S. 653

2) Vgl. z.B. Motive Bd. 4 S. 649

3) Insbesondere wird die Beiwohnung des Ehemannes während der Ehe und die Kausalität dieser Beiwohnung für die Geburt des Kindes vermutet, vgl. § 1591 BGB. Diese Vermutungen bestehen auch, wenn die Eheleute getrennt leben, sei es mit einem Recht zum Getrenntleben im Sinne von § 1353 BGB oder ohne dieses oder mit gerichtlicher Gestattung nach § 627 ZPO. Als es noch eine "Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft" gab (§ 1575 BGB), war allerdings streitig, ob nach einer solchen Aufhebung die Vaterschaftsvermutung weitergalt (bejahend: Staudinger-Engelmann-Keidel § 1591 Anm. 3b; RGRK-Hallamik § 1591 Anm. 1; verneinend: Planck § 1591 Anm. 6; Bullemer S. 13 f., da die eheliche Gemeinschaft, wenn auch nicht formell, so doch materiell aufgelöst sei). Erst nach einer Auflösung der Ehe fehlt die Grundlage für die Vaterschaftsvermutung. Wird der Ehemann für tot erklärt, so wird sein Tod von dem im Urteil genannten Todesdatum an vermutet, womit auch die Beiwohnungsvermutung beendet ist. Sie lebt aber bei Rückkehr des Verschollenen wieder auf.

Lediglich bei vorehelicher Zeugung ist im Gegensatz zum Rechte Englands und der meisten US-Staaten die Beiwohnungsvermutung eingeschränkt. Schon im Gemeinen Recht wurde eine Beiwohnung des Mannes vor der Ehe nicht vermutet ¹⁾. Nach § 1591 Abs. 2 Satz 2 BGB gilt, soweit die Empfängniszeit in die Zeit vor der Ehe fällt, die Beiwohnungsvermutung "nur, wenn der Mann gestorben ist, ohne die Ehelichkeit des Kindes angefochten zu haben". Hiermit soll jedoch nach der Erklärung der Motive ²⁾ die Beiwohnungsvermutung bei vorehelicher Zeugung nicht generell ausgeschlossen sein. Die Vermutung soll aber nur bedingt bestehen, u.z. auflösend bedingt durch die Anfechtung seitens des Ehemannes ³⁾. Nur, wenn der Ehemann sich weigert, das Kind als das seine gelten zu lassen, und daher dessen Ehelichkeit anfechtet, soll die Beiwohnungsvermutung nicht mehr bestehen. Die hierfür gegebene Begründung, dass durch die Anfechtung des Mannes die durch die Lebenserfahrung begründete Wahrscheinlichkeit seiner Vaterschaft wegfällt ⁴⁾, befriedigt jedoch nicht. Sie beruht auf der Annahme, dass jeder Mann, der sich nicht als Vater eines Kindes fühlt, dessen Ehelichkeit anfechten wird. Gewiss ist eine solche Annahme nicht abwegig. Sie ist aber nicht der Ausgangspunkt für die Ehelichkeitsvermutung bei vorehelicher Empfängnis. Diese

1) Vgl. RGZ 12, 166 f. (1884)

2) Motive Bd. 4 S. 650 f.

3) Siehe auch Dernburg § 66 IV 2; Staudinger-Engelmann-Keidel § 1591 Anm. 3b; Planck § 1591 Anm. 4; Winkler S. 13 f.; a.A. Endemann § 194,3

4) Vgl. Motive Bd. 4 S. 650

Vermutung beruht vielmehr in erster Linie auf der Wahrscheinlichkeit, dass der Ehemann der Vater des vorehelichen Kindes ist ¹⁾, eine Wahrscheinlichkeit, die durch eine Anfechtung seitens des Ehemannes nicht geringer wird. Wenn man trotzdem hier die Vermutung entfallen läßt, so liegt darin eine Bevorzugung des Ehemannes gegenüber anderen Anfechtungsberechtigten. Das entspricht zwar dem Bestreben der Verfasser des BGB, dem Ehemann die alleinige Verfügungsmacht über die Ehelichkeit der innerhalb seiner Familie geborenen Kinder zu überlassen. Es ist aber zweifelhaft, ob eine solche Vorrangstellung des Ehemannes gegenüber den anderen Anfechtungsberechtigten vor allem gegenüber dem Kinde, heute noch berechtigt ist ²⁾.

Anders als im englischen Recht ist auch die Vermutung in § 1600 BGB. Hat eine Frau wiedergeheiratet und ein Kind geboren, das ein eheliches Kind des ersten sowohl wie des zweiten Ehemannes sein könnte, so vermutet das deutsche Recht aus praktischen Gründen die Vaterschaft des zweiten Ehemannes.

Fraglich ist im deutschen Recht, wieweit der Beweis einer Zeugung mittels künstlicher Befruchtung durch Vermutungen erleichtert bzw. ersetzt wird. Bedeutsam ist diese Frage natürlich nur in Bezug auf die homologe Insemination, da nur sie - wie oben ausgeführt - zu einer ehelichen Geburt führen kann.

1) Vgl. Planck § 1591 Anm. 3b

2) Genauer unten S.120

Eine der Beiwohnungsvermutung ähnliche Vermutung, daß eine künstliche Befruchtung stattgefunden habe, wird auch für das deutsche Recht nicht bejaht werden können. Denn einmal wird die Beiwohnungsvermutung von der hohen Wahrscheinlichkeit geschlechtlichen Verkehrs zwischen den Ehegatten gestützt, während für das Vorliegen einer künstlichen Befruchtung keine oder eher eine gegenteilige Wahrscheinlichkeit spricht. Ferner würde es bei allem Wunsch nach Förderung der Ehelichkeit zu weit gehen, demjenigen, der die Ehelichkeit einer Person bestreitet, den äußerst schweren Beweis aufzubürden, dass keine künstliche Befruchtung stattgefunden habe. Auf der anderen Seite ist es billiger, den unter Umständen leichteren Beweis des Vorliegens einer künstlichen Befruchtung demjenigen zuzumuten, der sich auf diese Ausnahmeform der Zeugung beruft. Zu diesem Ergebnis kommt auch die herrschende Meinung ¹⁾ ²⁾. Zweifel bezüglich der Ab-

1) Beitzke § 24 I 3; Soergel-Siebert-Lade § 1591 Nr. 26; Palandt-Lauterbach § 1591 Anm. 4; Geiger S. 49; Giesen S. 185; für das schweizerische Recht Bernhard S. 182.
A.A. Heyll S. 68 ff.

2) Dölle will jedoch die k o n s e n t i e r t e Insemination dem Beischlaf beweisrechtlich gleichstellen, so daß § 1591 Abs. 2 Satz 1 BGB und daher auch § 1591 Abs. 1 Satz 2 BGB mit der Folge gelten, daß das Kind nur unehelich ist, wenn der Bestreitende beweist, daß das Kind den Umständen nach offenbar unmöglich vom Ehemann abstammen kann. Diese Ausnahme ist nicht gerechtfertigt, da die ratio der beweisrechtlichen Situation für alle Formen der homologen Insemination dieselbe ist und andernfalls unklare Verhältnisse im Prozess geschaffen würden und Absprachen der Parteien Vorschub geleistet würde. So mit Recht auch Geiger S. 49 f. und Giesen S. 186 Fußnote 1139.

stammung müssen bei dieser Art der Zeugung zu Lasten des Kindes und der Mutter gehen. Im übrigen hat das Kind die Stellung eines ehelichen Kindes bis die Ehelichkeit angefochten wird. Der Anfechtende hat auch dann noch zunächst die Beibehaltungsvermutung zu widerlegen. Erst wenn ihm das gelungen ist, hat das betroffene Kind seine Abstammung aus einer homologen künstlichen Befruchtung zu beweisen. Ist bei der künstlichen Befruchtung zugleich Samen des Ehemannes und eines Dritten verwandt worden, so wird das Kind allerdings nicht auch noch seine Nichtabstammung von dem Dritten beweisen müssen ¹⁾. Die Beweissituation ist also im wesentlichen dieselbe wie im englisch-amerikanischen Recht ²⁾.

Was die Vermutung der Schwangerschaftsdauer anlangt, so hat das deutsche Recht entgegen dem englisch-amerikanischen Recht durch Gesetz einen Zeitraum festgelegt, in dem das Kind als empfangen gelten soll. Es ist dies die Zeit von dem 181. Tag bis zu dem 302. Tag vor dem Tage der Geburt des Kindes, wobei der 181. und der 302. Tag mitgezählt werden, § 1592 Abs. 1 BGB ³⁾. Eine solche gesetzliche Fixierung der Empfängniszeit war schon dem Gemeinen Recht bekannt ⁴⁾. Sie hat den Vorteil der Rechtssicherheit und Erleichterung der Beweisführung im Prozess. Sie beschränkt die sachverständigen Gutachten auf ungewöhnliche Fälle. Unbilligkeiten werden dadurch weitgehend vermieden, daß der Beweis einer längeren als der gesetzlichen Empfängniszeit zugelassen wird, wenn dieser zugunsten der Ehelichkeit geführt

1) Vgl. Dölle S. 209 Fußnote 69; Heyll S. 73 f.

2) Vgl. oben S. 88

3) Hinsichtlich einzelner Sonderfälle siehe bei Palandt-Lauterbach § 1592 Anm. 1

4) Vgl. bei Winkler S. 18 ff.

wird, § 1592 Abs. 2 BGB ¹⁾). Allerdings wird der Beweis einer kürzeren Schwangerschaft als 180 Tage nicht anerkannt. Ob diese Regelung angesichts der modernen medizinischen Möglichkeiten noch gerecht ist, kann als naturwissenschaftliche Frage hier nicht entschieden werden.

§ 3 Widerlegung der Ehelichkeitsvermutung

Bei der Widerlegung der Ehelichkeitsvermutung zeigen sich im deutschen Recht dieselben Probleme und dieselben Gedankengänge zu ihrer Lösung wie im englisch-amerikanischen Recht. Auch gleicht die heutige Regelung im wesentlichen der der Mehrheit der englisch-amerikanischen Jurisdiktionen.

So war es noch in der gemeinrechtlichen Lehre und Praxis streitig, ob die Widerlegung der Beiwohnungsvermutung nur durch den Beweis der U n m ö g - l i c h k e i t einer Beiwohnung des Ehemannes erbracht werden könne oder ob schon der Beweis des n i c h t e r f o l g t e n Beischlafs ausreiche ist ²⁾. Der Beweis der Unmöglichkeit der Beiwohnung wurde zum größeren Schutze des Kindes und der Ehefrau und besonders deswegen gefordert, um nicht die Geheimnisse des Ehelebens vor Gericht bringen zu müssen. Die Verfasser des BGB hielten jedoch diesen Beweis für eine zu große Einschränkung der Rechte des Anfechtenden ³⁾. Sie ließen daher jeden Beweis der Nichtbeiwohnung zu ⁴⁾.

1) Vgl. OLG Tübingen in NJW 1952 S. 942; LG Dortmund in JW 1937 S. 1309 f. mit Anmerkung von Kallfelz; auch RGRK-Hallamik § 1592 Anm. 2

2) Vgl. mit Nachweisen Motive Bd. 4 S. 652

3) Vgl. Motive Bd. 4 S. 653

4) Vgl. § 1591 BGB. Lediglich eine prozessuale Einschränkung der Beweisführung ergibt sich aus §§ 640, 617 ZPO.

Hinsichtlich der Kausalitätsvermutung war in dem Entwurf des BGB nach § 1469 vorgesehen, ihr den Charakter einer praesumptio iuris et de iure zu geben. Nur der Beweis der nichtvollzogenen Beiwohnung sollte die Vaterschaftsvermutung widerlegen. Diese feste Regel wurde als notwendig empfunden, um die Ruhe der Familie zu sichern und skandalöse Prozesse abzuschneiden ¹⁾. Sie erschien aber schon der zweiten Kommission als offensichtlich ungerecht ²⁾. Auch die Kausalitätsvermutung ist daher widerlegbar gestaltet worden, vgl. § 1591 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Im übrigen stellt auch das deutsche Recht verschiedene Anforderungen an die Widerlegung, je nachdem es sich um die Beischlafs- oder die Kausalitätsvermutung handelt. Bei der ersteren genügt der gewöhnliche Maßstab, d.h. der Richter hat sich mit der an Gewißheit grenzenden Wahrscheinlichkeit zu begnügen, "die dem Zweifel Schweigen gebietet, ohne ihn auszuschließen" ³⁾. Demgegenüber ist die Widerlegung der Kausalitätsvermutung auf Fälle "offenbarer Unmöglichkeit" der Nichtvaterschaft des Ehemannes beschränkt, § 1591 Abs. 1 BGB. Eine an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit der Nichtkausalität reicht dazu nicht aus ⁴⁾. Die Annahme der Ehelichkeit des Kindes muß als mit dem gesunden Menschen-

1) Vgl. Protokolle Bd. 4 S. 464

2) Vgl. Protokolle Bd. 4 S. 464

3) RG in JW 1921 S. 26,27; vgl. auch RG in Das Recht 1929 Nr. 1518; Staudinger-Engelmann-Keidel § 1591 Anm. 5

4) Vgl. RG in JW 1921 S. 26 f.

verstand unvereinbar erscheinen ¹⁾²⁾. Hier zeigen sich Parallelen zu der Formulierung Cardozo's ³⁾. Die Unterscheidung bei den Maßstäben liegt nahe, da die Nichtkausalität einer Beiwohnung aus tatsächlichen Gründen nur schwer zu beweisen ist. Bei ihr galt es daher, besondere Vorsicht walten zu lassen.

Der Wunsch, die Ehehlichkeit besonders zu schützen, findet also im deutschen wie im englisch-amerikanischen Recht seinen Niederschlag in der Ehehlichkeitsvermutung und in hohen Anforderungen an ihre Widerlegung.

Im Gegensatz zu England und den meisten US-Staaten benutzt das deutsche Recht ein besonderes Mittel, die Ehehlichkeit zu fördern. Es läßt die Feststellung der Unehehlichkeit eines ehelich geborenen Kindes lediglich in einem besonderen Verfahren zu, das als Anfechtung der Ehehlichkeit bezeichnet wird. Ausserdem schränkt es die Berechtigung zur Einleitung dieses Verfahrens noch ein.

1) BGHZ 7,116,121 (1952)

2) Gedacht ist hierbei an Fälle, in denen das Kind von anderer Hautfarbe als der Mann ist, in denen die Schwangerschaft bereits vor dem Geschlechtsverkehr mit dem Ehemann bestand (RG in WarnR 1913 Nr. 373), in denen der Reifegrad des Kindes bei der Geburt (RG in JW 1904 S. 236; RG in JW 1910 S. 477; RG in WarnR 1920 Nr. 26; OLG Neustadt in MDR 1958 S. 241), erbbiologische Untersuchungen (vgl. BGHZ 7,116 (1952) oder Blutgruppengutachten (RG in JW 1938 S. 871; BGHZ 2,6 (1951) die Unmöglichkeit der Vaterschaft des Ehemannes dartun. Im übrigen vgl. Soergel-Siebert-Lade § 1591 Nr.7,8

3) Siehe oben S. 48

§ 4 Anfechtungsverfahren

Wenn ein Kind nach dem Gesetz als eheliches angesehen wird, kann nach dem heutigen deutschen Recht ¹⁾ die etwaige Unehelichkeit des Kindes nur geltend gemacht werden, wenn die Ehelichkeit angefochten und die Unehelichkeit rechtskräftig festgestellt ist, § 1593 BGB.

Die Anfechtung erfolgt durch Erhebung der Anfechtungsklage oder, wenn der Mann oder das Kind gestorben sind, durch Antrag beim Vormundschaftsgericht, § 1599 Abs. 1 u. 2 BGB. Diese Regelung zeigt das eindeutige Bestreben nach möglicher Ordnung und Sicherheit bei dem durch die Anfechtung der Ehelichkeit erfolgenden Eingriff in die Familie und das Schicksal des Kindes. In diesem Sinne bot sich das formelle Statusverfahren (§§ 640 ff. ZPO) mit allen Vorsichtsmaßnahmen zur Erforschung der materiellen Wahrheit und zur Vermeidung von Gefahren für die öffentliche Sittlichkeit besonders an ²⁾.

Wegen des öffentlichen Interesses an einer einheitlichen Feststellung des Status einer Person und auch "im Hinblick auf die innere Natur dieser Verhältnisse, mit welcher eine Relativität nicht vereinbar ist" ³⁾, wurde trotz anfänglicher Bedenken ⁴⁾ dem

1) Noch im Gemeinen Recht war ein bestimmtes Anfechtungsverfahren nicht vorgeschrieben. Die Unehelichkeit konnte geltend gemacht werden durch negative Feststellungsklage, als Präjudizialpunkt innerhalb einer anderen Klage oder als Einrede; vgl. Winkler S. 48

2) Vgl. BGHZ 14, 358, 360 (1954)

3) Vgl. Motive Bd. 4 S. 673

4) Vgl. Motive Bd. 4 S. 673

die Unehelichkeit feststellenden Urteil Rechtskraft inter omnes verliehen, § 643 ZPO, die auch die entsprechenden Entscheidungen des Vormundschaftsgerichtes besitzen. Auf keinen Fall sollten inter partes wirkende, besonders auch inzidente Entscheidungen die Regel sein ¹⁾.

Demgegenüber zeigt der Verzicht im englisch-amerikanischen Rechtskreis auf gegen jedermann wirkende Feststellungen der tatsächlichen Unehelichkeit einer ehelich geborenen Person, daß Engländer und Amerikaner die Aberkennung der Ehelichkeit weniger dogmatisch als wir sehen. Für sie ist die Geltendmachung der Unehelichkeit ein Angriff auf wirtschaftliche Einzelrechte und nicht so sehr auf einen Status. Darin offenbart sich eine Auffassung, die in der Position der Ehelichkeit nicht so sehr einen rechtlichen Status als vielmehr eine wirtschaftliche Situation oder besser gesagt, eine Summe wirtschaftlicher Einzelrechte sieht. Wenn somit eine Person zur gleichen Zeit dem einen Personenkreis gegenüber als "legitimate" in Bezug auf einen anderen aber als "illegitimate" gilt, genügt das dem englisch-amerikanischen Rechtsempfinden als Grundlösung, da sich hieraus in der Praxis keine ernststen Komplikationen ergeben.

Hier spiegelt sich in aufschlußreicher Weise das unterschiedliche Rechtsdenken der hier untersuchten Rechtskreise wieder. Dem Engländer und Amerikaner kommt es im wesentlichen nur darauf an, den anstehenden Rechtsstreit zu lösen. Der Deutsche ist dagegen geneigt, die Einzelentscheidung möglichst weitgehend auch in ein dogmatisch geordnetes Gefüge einzubauen.

1) Vgl. auch Boehmer in JZ 1953 S. 745, 747

§ 5 Kreis der Anfechtungsberechtigten

Das deutsche Recht beschränkt das Anfechtungsrecht auf bestimmte Personen.

Ein solches Vorgehen liegt nahe, da die Anfechtungsurteile jedermann binden und daher weitreichender und eingreifender sind als die englisch-amerikanischen nur inter partes wirkenden Urteile. Im übrigen haben ja auch einige amerikanische Gesetzgebungen das Recht zur Geltendmachung der Unehelichkeit personell beschränkt.

Bei der Einschränkung des Kreises der Anfechtungsberechtigten wirkt sich die Einstellung zur Ehelichkeitsanfechtung am augenfälligsten aus. In Deutschland zeigen sich hier daher je nach den Zeitströmungen verschiedene Gestaltungen.

Noch das Gemeine Recht gab nach der herrschenden Meinung jedem, der ein Interesse an der Feststellung der Unehelichkeit nachweisen konnte, das Recht, die Vermutung der Ehelichkeit zu widerlegen; vor allem stand dieses Recht auch dem Kinde selbst zu ¹⁾. Hier sind deutliche Parallelen zum common law.

Das BGB hat demgegenüber in Anlehnung an das Preussische Allgemeine Landrecht, das die Zulässigkeit einer Anfechtungsklage des Kindes und Dritter verneinte ²⁾, ein alleiniges Anfechtungsrecht des Ehe-

1) Vgl. RGZ 18, 184 ff. (1887); KG in OLGZ 7, 74 (1903); Winkler S. 43; Schwarz S. 13; Motive Bd. 4 S. 658

2) Vgl. das Preussische Allgemeine Landrecht II, 2 §§ 1 ff.; auch die Entscheidung des Obertribunals Bd. 2 S. 292, 300 f.; KG in OLGZ 6, 57 (1902); RGZ 26, 305 (1890)

mannes eingeführt. Der Ehemann wurde - wie es auch bei Louisiana anklang - als der angesehen, den die Frage der Ehelichkeit des Kindes am meisten berührt.

Ihm als Haupt der Familie wurde daher, gewissermaßen als natürlichem Vertreter der übrigen Familienmitglieder, die Entscheidung darüber anvertraut, ob das Kind als unehelich oder ehelich gelten soll. Außerdem sollte durch diese Regelung "eine einheitliche Gestaltung der vielfachen durch die eheliche Geburt bedingten Rechtsverhältnisse erreicht und die Zahl schwieriger, das Familienglück gefährdender Prozesse vermindert" werden ¹⁾. Interessen des Kindes und Dritter glaubte der Gesetzgeber zurückstellen zu müssen, weil eine Anfechtung durch diese Personen äußerst negative Auswirkungen auf das Kind, die Ehre der Mutter und den Frieden der Familie haben würde, und andererseits die Gefahr gering sei, daß der Ehemann ein Kind als das seine anerkennen würde, von dessen außerehelichen Zeugung er wisse ²⁾.

Diese Regelung spiegelt den nicht zuletzt von preussischem Denken mitgeprägten Respekt des deutschen Bürgertums am Ende des 19. Jahrhunderts vor der Autorität und der damit verbundenen Herausstellung des Männlichen und im besonderen des Ehemannes als Haupt der Familie wieder. Nach dem patriarchalischen Denken der damaligen Zeit sollte, was der Ehemann nicht rügte, auch kein Dritter rügen können. Frankreich hatte eine ähnliche gesetzliche Bestimmung getroffen ³⁾.

1) Motive Bd. 4 S. 659

2) Motive Bd. 4 S. 659

3) Vgl. Art. 312 - 318 des Code Civil

Die Kritik an dieser Regelung, die schon in der zweiten Lesung zum BGB deutlich geworden war ¹⁾, wurde späterhin zunehmend stärker ²⁾. Immer wieder wurde an Fällen aus dem täglichen Leben dargelegt, wie sehr besonders das Interesse des Kindes bei dem ausschließlichen Anfechtungsrecht des Ehemannes zu Unrecht nicht gewahrt werde ³⁾. Hierbei hatte man vornehmlich vermögensrechtliche Nachteile des Kindes im Auge, aber außerdem das Recht des Kindes, im Leben als das gelten zu dürfen, was es seiner Geburt nach ist ⁴⁾. Es sollte nicht gezwungen werden können, ohne sehr triftige Gründe einen Menschen als wirklichen Vater anzuerkennen, der es gar nicht ist, oder einer Familie anzugehören, der es nicht entstammt. Schließlich könnte das Kind immaterielle Interessen haben, aus der Familie oder der elterlichen Gewalt loszukommen.

Diese Einwände führten zu verschiedenen Reformvorschlägen, vor allem zu den Gesetzesentwürfen von 1925 ⁵⁾ und 1929 ⁶⁾. Nach ihnen konnte insbesondere

1) Vgl. besonders Gierke S. 456

2) Vgl. z.B. Staudinger-Engelmann-Keidel § 1593 Anm. 1; Opet S. 22; Kümmel S. 51 f.; Schwarz S.87

3) Besonders wurde auf die Fälle hingewiesen, in denen der Ehemann unbekannten Aufenthalts ist oder sich um den Unterhalt des Kindes aus anderen Gründen nicht kümmert, wobei das Kind keine Möglichkeit hat gegen den Erzeuger auf Unterhalt zu klagen. Auch würde unlauteren Geldgeschäften Vor-schub geleistet, indem nämlich der Ehemann durch Geld bewogen werden könne, die Ehelichkeit des Kindes nicht anzufechten, obwohl er sich vielleicht andererseits nicht um das Kind besorgt.

4) Vgl. z.B. Kümmel S. 52 f.

5) Reichsarbeitsblatt 1925, 459

6) Nr. 733 der Drucksachen des Reichstages von 1929, 4. Wahlperiode

das Kind - bzw. an seiner Stelle der gesetzliche Vertreter oder, falls dies der Ehemann ist, der Pfleger mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes - die Ehelichkeit anfechten, wobei dieses Recht erst mit Ablauf eines Jahres seit dem Eintritt der Volljährigkeit erlöschen sollte.

Bevor diese Entwürfe Gesetz wurden, traten im Nationalsozialismus neue Anschauungen in den Vordergrund: "Nach der durch das nationalsozialistische Gedankengut geläuterten Auffassung des Volkes und damit nach dem deutschen Recht ist die Abstammung und die aus ihr folgende Sippenzugehörigkeit das wirklich Wichtige. Ihr gegenüber hat die rechtliche Stellung als eheliches Kind keine unbedingt schutzwürdige Bedeutung, wenn diese Stellung der wirklichen Abstammung nicht entspricht" ¹⁾. Rassepolitische Gedankengänge führten zu einem starken Interesse an der Klärung der wahren Abstammung, und dieses Interesse wurde als ein öffentliches, als ein allgemeines empfunden, demgegenüber Privatinteressen als zweitrangig zurückzutreten hätten ²⁾. Diese Einstellung schlägt sich im Familienrechtsänderungsgesetz von 1938 ³⁾ nieder, in dem dem Staatsanwalt als staatlicher Instanz ein zeitlich unbegrenztes Anfechtungsrecht neben dem zeitlich begrenzten Anfechtungsrecht des Ehemannes eingeräumt wird (§ 1595a a.F. BGB). Der Staatsanwalt kann anfechten, wenn er dies im öffentlichen Interesse oder im Interesse des Kindes für geboten erachtet. Ein öffentliches Interesse liegt nach der amtlichen Begründung immer dann vor, wenn die Klarstellung der Abstammung aus erb- und rassepflegerischen Gründen notwendig

1) RG vom 30. Nov. 1936, 4 ZS, in JW 1937 S. 620

2) Vgl. besonders Kreuzer S. 42 ff.

3) RGBl. I 1938, 380

wird ¹⁾. Die Verordnung von 1943 ²⁾ erweitert die Befugnis des Staatsanwalts später insoweit, als er auch im Interesse der Nachkommen des Kindes die Ehe-lichkeit des Kindes anfechten kann.

Diese gesetzliche Regelung hat zunächst auch nach 1945 im wesentlichen fortgegolten, da sie auch nach heutiger Auffassung zu vertretbaren und sittlich zu rechtfertigenden Ergebnissen führe ³⁾. Nur die Begründung des Gesetzes konnte nicht mehr anerkannt werden.

Noch der erste Entwurf eines Familienrechtsgesetzes von 1952 hielt an dem Anfechtungsrecht des Staatsanwalts grundsätzlich fest, beschränkte dieses aber auf eine Anfechtung im Interesse des Kindes ⁴⁾.

Die völlige Beseitigung des staatsanwaltlichen Anfechtungsrechtes im Familienrechtsänderungsgesetz von 1961 ⁵⁾ wird damit begründet ⁶⁾, daß es dem heutigen Empfinden mehr entspreche, die Eheheichkeitsanfechtung allein denen zu überlassen, die am unmittelbarsten davon betroffen seien. Der Staatsanwalt solle nicht mehr in den privaten Bereich der Familie eindringen; zum anderen sei es auch nicht seine Aufgabe, als Partei vor dem Zivilgericht die Interessen von Privatpersonen wahrzunehmen. Ein lediglich öffentliches Interesse an der Feststellung der wirklichen Abstammung wird nicht mehr gesehen.

-
- 1) Siehe die amtliche Begründung S. 62o zu § 5 des Familienrechtsänderungsgesetzes in DJ 1938, 619 ff.
 - 2) Verordnung über die Angleichung familienrechtlicher Vorschriften vom 6. Febr. 1943, RGBl. I 1943, 8o
 - 3) So BGHZ 2, 13o ff. (1951); ausführlich Dieter Giesen S. 97 ff.
 - 4) Vgl. S. 19,7o Bundestagsdrucksache Nr. 38o2, 1. Wahlperiode
 - 5) BGBI. I 1221
 - 6) Vgl. S. 14 Bundestagsdrucksache Nr. 53o, 3. Wahlperiode

Mit dieser nicht unbedenlichen Ausschaltung ¹⁾ der "familienfremden" Instanz kehrte man allerdings nicht gänzlich zur Regelung vor 1938 zurück. Deren Unbilligkeiten und Ungerechtigkeiten sollten besonders zugunsten des Kindes beseitigt werden. Daher haben das Kind, aber auch die Eltern des Ehemannes ein Anfechtungsrecht erhalten, §§ 1595a, 1596 BGB.

Das Anfechtungsrecht des Kindes ist jedoch immer noch beschränkt. Seine Interessen müssen weiterhin vor dem Interesse an der Familieneinheit und dem Familienfrieden zurückstehen ²⁾. So kann es seine Ehelichkeit regelmäßig nur dann anfechten, wenn die Familiengemeinschaft, in die es hineingeboren ist, nicht mehr gefährdet werden kann, vgl. §§ 1596 Abs. 1 Nr. 1, 2, 3 BGB.

Diese Einschränkungen sind angesichts der modernen Ausgestaltung des Persönlichkeitsrechtes fragwürdig. Man wird einem Kind weitestgehend ein Recht zusprechen müssen, einen Status zu besitzen, der seiner blutsmäßigen Abstammung entspricht ³⁾. Insoweit müßte auch der Schutz des Familienfriedens zurückstehen und das ganz besonders, weil ja im Grunde die Ehefrau den Familienfrieden gestört hat bzw. noch stört und nicht das anfechtende Ehebruchskind ⁴⁾. In dieser Richtung könnte das englisch-amerikanische Recht Anregung sein, in dem selbst die US-Staaten, die das Recht zur Geltendmachung der Unehelichkeit auf bestimmte Personen beschränken, in der Mehrzahl dem betroffenen Kind ein solches Recht unbeschränkt zusprechen.

1) Dazu u.a. Dieter Giesen S. 150 ff.

2) Vgl. S. 15 Bundestagsdrucksache Nr. 530, 3. Wahlperiode

3) Siehe auch Lange in NJW 1962 S. 1703

4) So mit Recht auch Dieter Giesen S. 135

Die Anfechtung des Ehemannes ist nach der Reform auch weiterhin nicht an bestimmte Beweggründe gebunden, nicht an Gründe des Familienschutzes oder der Sittlichkeit. Seine Interessen gehen grundsätzlich denen der Familieneinheit vor. Damit bleibt völlig zu Recht ein starker Schutz des Mannes verankert.

Der Mutter wurde kein Anfechtungsrecht zugestanden, ursprünglich wegen ihrer Unterordnung unter die Führung des Ehemannes. Heute ist die Begründung eine andere ¹⁾. Mit Recht wird darauf hingewiesen, daß die Interessen der Mutter und die des Kindes regelmäßig kollidieren und daß die Mutter nicht berechtigt sein soll, sich in Widerspruch zu den Interessen des Kindes zu setzen ²⁾. Letztlich beruht die Weigerung auch im deutschen Recht auf einem Mißbilligen der Anfechtung durch die Ehebrecherin ³⁾. Wieweit diese sittliche Qualifikation allerdings erheblich ist, ist zweifelhaft, da der Ehemann - worauf Lange mit Recht hinweist ⁴⁾ - den Ehebruch seiner Frau auch erleichtert oder ermöglicht haben kann.

1) Vgl. Literaturnachweise bei Lange in NJW 1960 S. 1697,1699 Fußnote 39

2) Siehe S. 15 f. Bundestagsdrucksache Nr. 530, 3. Wahlperiode.
Bedenken im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2 und Art. 2 GG hat sich der Gesetzgeber nicht zu eigen gemacht; dazu Nachweise bei Brühl in FamRZ 1962 S. 8,9

3) Vgl. Massfeller in StAZ 1961 S. 242

4) Lange in NJW 1962 S. 1697,1699

§ 6 Anfechtungsfrist

Während im Gemeinen Recht die Anfechtungsbefugnis ähnlich dem heutigen common law unbefristet war ¹⁾, hat das BGB dem Anfechtungsrecht eine zeitliche Grenze gesetzt. Diese findet ihre Berechtigung in dem System des Anfechtungsrechtes, das in der Anfechtung eine echte Statusänderung sieht. Ein solch folgenschweres Recht, auf den Status einer Person einzuwirken, legt eine Einschränkung nahe, einerseits, um im öffentlichen Interesse möglichst bald eine definitive Entscheidung über den Familienstand einer Person zu erhalten ²⁾ und andererseits, um Mißbräuchen vorzubeugen und es besonders dem Kind zu ersparen, ständig unter dem Damoklesschwert der Anfechtungsmacht anderer leben zu müssen. Auch andere Länder, die eine Anfechtung der Ehelichkeit kennen, haben das Anfechtungsrecht befristet ³⁾. Insofern kann das englisch-amerikanische Recht, das nur inter partes wirkende Urteile im Verfahren zur Geltendmachung der Unehelichkeit kennt, kaum Vorbild sein.

In einer Hinsicht aber vielleicht doch. Das Anfechtungsrecht des Ehemannes und seiner Eltern ist im BGB auf 10 Jahre nach der Geburt des Kindes beschränkt, wobei diese Frist eine absolute ist, §§ 1594 Abs. 4, 1595a Abs. 3 BGB. Diese Neuerung ist erst durch das Familienrechtsänderungsgesetz von 1961 eingeführt worden. Vorher lief eine Frist von einem Jahr nach Kenntnis der Umstände, wobei diese Kenntnis erst nach vielen Jahren

1) Vgl. Winkler S. 50

2) Vgl. Motive Bd. 4 S. 667

3) Vgl. Österreichisches ABGB § 156; Schweizerisches ZGB Art. 253, 256; Französischer Code Civil Art. 316; Louisiana Civil Code Art. 191, 192; Spanischer Código Civil Art. 113

eintreten konnte. Durch die 10jährige Frist soll die Rechtsstellung des Kindes geschützt werden. Dabei wird aber die Rechtsstellung des Mannes und seiner Eltern und Geschwister stark beeinträchtigt. Das könnte hingenommen werden, wenn der erstrebte Schutz des Kindes wirklich erreicht würde. Hier ergeben sich aber Zweifel. Es ist zwar richtig, daß das Kind gerade im Entwicklungsalter im hohen Maße der Geborgenheit in einer Familie bedarf; aber erfahrungsgemäß wird der Ehemann aufhören das Kind zu lieben, wenn er erfährt, daß es nicht sein eigenes ist. Das Kind wird also unter Umständen an eine zerrüttete Familie gefesselt, die ihm den erwünschten seelischen Rückhalt nicht gibt. Das Kind könnte sich auch nicht einmal selbst aus dieser Familie lösen, solange ihm nicht der Mann einen Anfechtungsgrund im Sinne von § 1596 Abs. 1 Nr. 4,5 BGB, zum Beispiel durch starke Vernachlässigung oder Mißhandlung des Kindes, gäbe. Angesichts dieser Tatsachen erscheint die zeitliche Begrenzung des Anfechtungsrechts des Ehemannes auf 10 Jahre als ein zu weitgehender Eingriff in sein Recht, darüber entscheiden zu können, ob er ein fremdes Kind als das seine gelten lassen will ¹⁾. Jedenfalls sollten dem Ehemann dieselben Rechte zustehen, die dem Kinde - vor allem auch dem erwachsenen - zubilligt werden. Dieses hat ja unter gewissen Voraussetzungen ein zeitlich unbeschränktes Anfechtungsrecht, vgl. 1596 Abs. 1 Nr. 4,5 BGB. Zumindest könnte, wenn schon keine Anfechtung, so doch eine Geltendmachung der Unehelichkeit im englisch-amerikanischen Sinne dem Ehemann erlaubt und damit ein gerechter Ausgleich aller Interessen gefunden werden.

1) Vgl. auch Lange in NJW 1962 S. 1701 ff.

War schon oben die Beschränkung des Anfechtungsrechtes des Kindes auf bestimmte Anfechtungsgründe kritisiert worden ¹⁾, so sprechen die gleichen dort geäußerten Bedenken auch für eine zeitliche Befristung des Anfechtungsrechtes des Kindes. Die Anfechtung soll primär dem Wohl des Kindes dienen. Sie entspringt aber auch der Anerkennung seiner Rechte als Persönlichkeit. Wenn dem Kind daher ein Anfechtungsrecht zugestanden wird, sollte dieses möglichst wirksam gestaltet werden. Auch wäre dann schon eher ein echter Ausgleich für das abgeschaffte zeitlich unbegrenzte Anfechtungsrecht des Staatsanwalts gegeben.

§ 7 Beweislast

Die Beweislast im Anfechtungsverfahren obliegt auch im deutschen Recht demjenigen, der die Ehelichkeitsvermutung entkräften will. Nur für die künstliche Befruchtung gilt eine Ausnahme, ihr tatsächliches Vorliegen und ihre Kausalität müssen - wie oben schon dargelegt - von dem bewiesen werden, der sich auf sie beruft.

Dabei ist zu berücksichtigen, daß bezüglich der Tatsachen, die für die Ehelichkeit sprechen, das Amtsermittlungsprinzip gilt, §§ 641 Abs. 1 i.V.m. 622 Abs. 2 ZPO ²⁾. Für die Umstände, deren Kenntnis die Anfech-

1) Siehe S. 120

2) Nach §§ 640 Abs. 1, 622 Abs. 1 ZPO a.F. galt das Amtsermittlungsprinzip auch bezüglich Tatsachen, die gegen die Ehelichkeit sprechen.

tungsfrist in Gang setzt, trägt der Gegner des Anfechtungsberechtigten die Beweislast; denn der Ablauf der Anfechtungsfrist, die eine Ausschlußfrist ist, bildet eine rechtsvernichtende Tatsache ¹⁾.

§ 8 Beweismittel im Anfechtungsverfahren

Die Beweismittel im Anfechtungsverfahren sind nicht eingeschränkt.

Im Gemeinen Recht war zwar streitig, ob die Mutter als Zeugin über die Nichtbeiwohnung des Mannes vernommen werden konnte bzw. ob ihrer in dieser Hinsicht gemachten Aussage Gewicht beizulegen sei ²⁾. Bei diesem Streit spielten im Gegensatz zum englisch-amerikanischen Recht weniger Erwägungen der Moral und der Rechtspolitik eine Rolle, als vielmehr grundsätzlicher Argwohn gegenüber der Zuverlässigkeit ihres Zeugnisses. Heute ist dagegen die Vernehmung der Mutter als Zeugin - besonders auch über den Geschlechtsverkehr mit ihrem Manne - zulässig. Gegebenenfalls wird ihrer Aussage sogar erhebliche Bedeutung beigemessen ³⁾. Jedoch hat die Mutter unter Umständen ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 384 Nr. 2 ZPO ⁴⁾.

Ser-ologische Gutachten werden in deutschen Prozessen heute ohne Einschränkung als Mittel zum Beweis der Nichtvaterschaft einer Person verwandt. Besonders

1) Vgl. BGH in NJW 1952 S. 302 Nr. 6; OLG Neustadt in MDR 1961 S. 769 Nr. 56 mit weiteren Nachweisen

2) Vgl. bei Winkler S. 30 f.

3) Vgl. z.B. Brühl in FamRZ 1962 S. 14

4) Vgl. Lehmann § 23 II a

schon in der nationalsozialistischen Zeit hat man auf die Blutgruppengutachten großen Wert gelegt und sich um die Verbesserung der Bestimmungsmethoden sehr bemüht ^{1) 2)}. Mindestens seit 1951 ist der absolute Beweiswert eines fehlerfrei angelegten, sich auf die Merkmale A, B, O und M und N begründenden Blutgruppengutachtens anerkannt ³⁾. Dasselbe gilt jetzt hinsichtlich der Faktoren A₁ und A₂ ⁴⁾, auch den Faktoren Cc, Ee und Dd kann der Richter vollen Beweiswert zulegen ^{5) 6)}.

Daneben werden in deutschen Ehelichkeitsverfahren häufig erbbiologische Gutachten zur Abstammungsbestimmung benutzt ⁷⁾. Bemerkenswerter Weise konnte ich für den englisch-amerikanischen Rechtskreis kein einziges Beispiel für die Verwendung solcher Gutachten finden.

-
- 1) Vgl. den gemeinsamen Erlaß der Reichsminister des Innern und der Justiz vom 26. Mai 1937 über Richtlinien für die Ausführung der Blutgruppenuntersuchungen und Einführung der staatlichen Prüfung für die dabei Verwendung findenden Testserien, in DJ 1937 S. 349 und 1134 ff.
 - 2) Die beweisrechtliche Auswertung der Gutachten war allerdings zunächst der freien richterlichen Beweiswürdigung überlassen. Vgl. RG in JW 1936 S. 259; RG in JW 1937 S. 620; RG in DJ 1941 S. 609
 - 3) BGHZ 2, 6 (1941); vgl. schon OGHZ 3, 119 (1950); auch RG in JW 1938 S. 871
 - 4) Vgl. BGHZ 12, 22 (1953)
 - 5) Vgl. Nachweise bei Soergel-Siebert-Lade § 1591 Nr. 13
 - 6) Es werden auch Verfahren angewandt, mit deren Hilfe der positive Vaterschaftsbeweis gelingen soll. Ihre Beweiskraft wird aber von den Gerichten noch nicht als zwingend angesehen. Vgl. BGHZ 12, 41 (1953) mit Literaturnachweisen.
 - 7) Vgl. RGZ 160, 61 (1939); BGHZ 7, 116 (1952); BGH in MDR 1961 S. 583

Es zeigt sich also, daß das deutsche Recht seit der Einführung des BGB die Ehelichkeit ehelich geborener Kinder sehr weitgehend auch durch Zulässigkeitsbeschränkungen eines besonderen Anfechtungsverfahrens schützt, durch die urteilsmäßige Feststellung der Unehelichkeit aber eine echte Statusänderung eintreten läßt.

Demgegenüber besteht in England und den USA eine größere Freiheit bei der prozessualen Zulässigkeit einer Geltendmachung der Unehelichkeit, der aber eine nur begrenzte Rechtskraft der ergehenden Urteile gegenübersteht, womit ebenfalls ein gewisser Ausgleich zugunsten der Betroffenen erreicht wird.

L e b e n s l a u f

13. 8. 1935 in Darmstadt geboren. Meine Eltern sind Regierungsdirektor a.D. Paul Gutermuth und Helene, geborene Everke.
- 1942 - 1946 Besuch der Volksschulen in Groß-Gerau, Liegnitz/NdSchl. und Sendenhorst.
- 1946 - 1955 Besuch des Wilhelm-Hittorf-Gymnasiums in Sendenhorst und Münster/Westf. mit Abiturabschluß.
- 1955 - 1956 Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten in Münster/Westf. und München.
- 1956 - 1957 Zweisemestriges Studium als Fulbright-Stipendiat im College of William and Mary (Williamsburg, Virginia, USA).
- 1957 - 1960 Fortsetzung des Jurastudiums in Münster/Westf.
- 1960 Ablegung der ersten juristischen Staatsprüfung in Hamm/Westf.
- Seit 1960 im juristischen Vorbereitungsdienst. Gleichzeitig einige Semester tätig als wissenschaftliche Hilfskraft an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

